

ÉMERGENCE DE PRINCIPES GÉNÉRAUX EN MATIÈRE DE DÉONTOLOGIE JUDICIAIRE : ÉLÉMENTS D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE

Pierre Noreau et Chantal Roberge*¹

La déontologie judiciaire est un champ récent du droit contemporain. Par ses particularités et son rattachement à certaines institutions spécifiques, il constitue un ordre juridique particulier. Sa nouveauté explique la confusion qui subsiste encore entre plusieurs des concepts qui lui servent de référence. Une lecture plus systématique des décisions prises par les instances chargées de sa mise en œuvre, notamment par le Conseil de la magistrature du Québec, permet de préciser le contenu de notions souvent utilisées de façon indifférenciée. Abordées sociologiquement, ces décisions révèlent par ailleurs qu'au côté de certains principes généraux énoncés explicitement comme l'indépendance, l'impartialité et l'intégrité (les 3 I), d'autres normes, plus implicites, comme la confiance du public, occupent une place fondamentale. Le renvoi constant à ces deux systèmes de référence révèle que la déontologie judiciaire se déploie à la jonction de deux types de rationalité : la rationalité formelle d'un côté (les 3 I) et la rationalité matérielle de l'autre (la confiance du public). Le devoir de réserve constitue dans cette perspective une norme-synthèse souvent reprise en tant que «raison pratique» de l'activité judiciaire quotidienne.

Judicial ethics is a recent field of contemporary law. With its distinguishing characteristics and ties to certain specific institutions, it constitutes a distinctive field of law. Its recent establishment explains the confusion that persists between many concepts that serve as its benchmarks. A more systematic reading of the decisions rendered by the authorities responsible for its implementation, particularly the Conseil de la magistrature du Québec, can clarify concepts that are often used indiscriminately. Approached sociologically, these decisions also reveal that, alongside certain general principles explicitly stated, such as independence, impartiality and integrity (the three "I"s), other more implicit standards, such as the reference to public trust, are fundamental. Constant referral to these two reference systems reveals that judicial ethics branches out at the point where two types of rationality meet: formal rationality on the one hand (the three "I"s) and substantive rationality on the other (public trust). From this perspective, the duty of restraint constitutes a synthesized standard

© 2006 Pierre Noreau et Chantal Roberge.

* Centre de recherche en droit public, Université de Montréal

¹ Les auteurs veulent remercier le Conseil de la magistrature du Québec pour leur collaboration et leur soutien tout au long du projet qui a conduit à la rédaction de ce texte.

referred to as the "practical reason" for everyday judicial activity.

En contexte québécois et canadien, la déontologie judiciaire reste un champ nouveau dans le domaine du droit². Elle souffre encore, malgré les travaux de quelques précurseurs, de l'absence de construction doctrinale systématique. Plusieurs des normes qui y servent de référence demeurent imprécises et les concepts qui alimentent le discours déontologique s'appuient le plus généralement les uns sur les autres comme autant de notions équivalentes et interchangeables. Il en résulte un effet performatif fondé sur la répétition continue des mêmes considérations générales. La doctrine y est trop souvent traversée de renvois tautologiques. Une analyse systématique des fondements de la déontologie judiciaire reste par conséquent encore à établir.

1. Approche normative et approche analytique en droit de la déontologie judiciaire

Ce flottement tient en partie à la nature même de la déontologie judiciaire, établie sur une normativité et une activité dont les références sont en constant mouvement, si bien que l'analyse de ses fondements peut tirer avantage d'un détour du côté de la sociologie du droit. C'est ainsi que la Cour d'appel a récemment souligné, à l'occasion de son rapport au ministre de la Justice concernant la conduite de la juge Ruffo, que :

« La déontologie, inspirée de la sociologie du droit, s'éloigne des formes légales traditionnelles. Elle est néanmoins un véritable ordre juridique qui suppose la mise en place d'un système pour formuler, interpréter et faire respecter la règle de conduite »³ [nos soulignés]⁴.

Le texte que nous publions ici est fondé sur l'étude des décisions prises par le Conseil de la magistrature du Québec depuis sa création (1978). Un rapide tour d'horizon de ces décisions met en évidence le fait

² Pour un rapide retour historique sur l'évolution du champ au Canada, on lira Georgina R. Jackson, « Les principes déontologiques et les comités d'éthique : l'expérience canadienne », dans Denis Salas et Harold Épineuse, dir., *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale*, Paris, Éditions Dalloz, 2003, 65. Elle rappelle que les premières initiatives en la matière datent au Canada de la création, en 1971, du Conseil judiciaire canadien. Au Québec, le Conseil de la magistrature était créé en 1978. En contrepartie, l'*American Bar Association* éditait en 1924, une première édition du *Judicial Code of Ethics*.

³ Ruffo (*Re*), [2006] R.J.Q. 26, par. 64 (notes omises).

⁴ La décision de la Cour d'appel s'inspire ici du texte de Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », dans Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, 123.

que les notions qui y sont mobilisées sont indissociables d'une analyse continue des valeurs sociales du moment; celles-ci participent en quelque sorte à sa définition. Il s'agit ainsi d'une normativité toujours contextualisée; qu'un trop grand formalisme juridique rendrait, à toutes fins pratiques, inopérante. La norme déontologique, une fois établie, devient ainsi l'objet d'une constante réinterprétation⁵. Il s'ensuit que, même codifiées, ces normes peuvent faire l'objet d'une définition extensive et adaptée. C'est ainsi qu'au long des décisions prises au cours des vingt-cinq dernières années, les membres du Conseil de la magistrature du Québec et de ses comités d'enquête ont régulièrement été amenés à reconnaître la *texture ouverte* des normes déontologiques⁶. Dans *Gagnon et Drouin*, le Comité conclut par exemple au « manquement du juge à un standard d'éthique non codifié »⁷ et dans *Bégin et Therrien*, au fait que « le Code de déontologie ne constitue qu'un cadre de référence » et que « la déontologie judiciaire québécoise va au-delà des simples règles établies par le Code de déontologie » qui, quoique très larges, « sont indicatives et non exhaustives »⁸.

La déontologie judiciaire n'est pas pour autant à l'abri d'une fixation et d'une stabilisation graduelle des principes qui lui servent de références premières, au fur et à mesure de leur matérialisation. Dans cette perspective, un article récent de Me Luc Huppé⁹ s'attarde à la question des sources formelles et informelles de la déontologie judiciaire pour constater, au terme d'une revue des fondements déontologiques retenus dans plusieurs juridictions nationales et internationales, que « les diverses sources de la déontologie judiciaire convergent dans l'expression de principes fondamentaux semblables, sinon identiques »¹⁰. Il est en effet inévitable que s'impose graduellement une rationalisation des règles et des modes de justification des décisions. De même, une analyse systématique du contenu des décisions est susceptible de révéler l'établissement lent d'une hiérarchie des normes. Ces constats ne peuvent cependant être établis clairement qu'à la faveur d'une approche extérieure à la

⁵ C'est ce qui explique le rôle créateur des institutions chargées de mettre en application la norme déontologique, car comme le souligne l'auteur Patrick Glenn, « [l]es décisions disciplinaires exemplifient, dans le cas précis, le standard de conduite énoncé par l'article » : « Indépendance et déontologie judiciaire » (1995) 55 R. du B. 2.

⁶ Nous empruntons la notion aux travaux de Herbert Hart. Lire à ce propos : Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, coll. «Droit», Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976; et François Blais, « La philosophie du droit de H. L. A. Hart », (1993) 8 R.C.D.S. 1.

⁷ *Gagnon c. Drouin*, [1995] n° AZ-00181031 (C. Mag.) (Azimut).

⁸ *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, [1997] n° AZ-00181051 (C. Mag.) (Azimut) conf. par [1998] R.J.Q. 2956 (C.A.); [2001] 2 R.C.S. 3.

⁹ « Les fondements de la déontologie judiciaire », (2004) 45 C. de D. 93.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 113.

normativité, c'est-à-dire, qui ne prétend pas participer directement à sa définition. On peut ainsi jeter les bases d'une certaine sociologie de la déontologie judiciaire¹¹. Celle-ci ne prétend pas tant définir *a priori* les contenus souhaitables de la norme déontologique (dire ce qui constitue ou non un comportement ou une règle déontologique) que de comprendre comment, empiriquement, elle s'établit ou se structure, dans la foulée des décisions successives des interprètes. La théorie du droit tire ainsi avantage d'une approche sociologique.

Un survol de la doctrine révèle la nécessité de cette analyse exhaustive. La vaste majorité des auteurs appellent à la mise en place d'un *système*, soit qu'ils en suggèrent les principes, la raison d'être ou les objectifs, soit qu'ils en comparent les mérites respectifs ou tentent d'en évaluer l'efficacité, notamment en regard du respect du principe de l'indépendance judiciaire. Toutes ces tentatives sont cependant marquées par une ambition plus normative — sinon plus *normativiste* — qu'analytique¹².

Elles cèdent souvent aux tentations d'une rhétorique autoportante. Il nous apparaît au contraire que toute proposition visant à établir les fondements de la déontologie judiciaire ne peut être fondée que dans la vérification empirique du recours à ces principes, dans le cas de chaque ordre déontologique particulier¹³. C'est le but que nous poursuivons ici en

¹¹ On trouve de même, dans l'œuvre de Guy Rocher, la proposition d'une sociologie de l'éthique. Lire Rocher, *supra* note 4.

¹² Nous distinguons ici la pensée normative de la pensée analytique en ce que la première tend surtout à contribuer au discours normatif ou à la définition des normes juridiques (en faisant implicitement du juriste un producteur normatif) alors que la pensée analytique s'impose plutôt la tâche de comprendre par l'observation du champ juridique ou l'analyse des contenus du droit, les causes et les orientations effectives qui déterminent l'évolution de la normativité ou de l'activité juridique. Le *normativisme*, pour sa part, réfère à la pensée du théoricien positiviste Hans Kelsen qui propose une analyse du droit à l'extérieur de toute référence aux acteurs, aux institutions, aux organisations ou aux phénomènes qui influent sur sa définition. Cette perspective trouve son fondement dans la distinction devenue traditionnelle en théorie du droit entre *Sein* et *Sollen*. La normativité juridique y trouve sa validité dans le cadre d'une hiérarchie préétablie qui trouve elle-même sa source première dans la norme fondamentale (*grundnorm*). Voir sur ces questions : Christophe Grzegorzczuk, « Introduction », dans Christophe Grzegorzczuk, François Michaud et Michel Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence/Story-scientia, 1992 aux pp. 56-59.

¹³ Dans cette perspective, notre approche se distingue nettement de celle que propose Huppé qui écrit que « la problématique de la déontologie judiciaire présente une certaine universalité, qui transcende les particularités juridiques des États, voire des systèmes de droit ». Cette perspective universaliste ne rend pas justice à la diversité des considérations qui, même au sein du monde occidental, peuvent alimenter l'activité déontologique. Il n'apparaît pas possible, dans l'état actuel des connaissances, de prétendre à un tel

tirant parti d'une relecture systématique des décisions prises, depuis ses origines, par le Conseil de la magistrature du Québec¹⁴.

L'objectif est d'établir les normes les plus généralement retenues en tant que références premières par les instances chargées de définir les contenus de la normativité déontologique, et partant, les normes les plus susceptibles d'être ultérieurement utilisées en tant que principale justification de la décision déontologique. Dans le même esprit, le Conseil consultatif des juges européens souligne que : « Traiter des règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges conduit à s'interroger sur les principes qui les sous-tendent ainsi que sur les objectifs qui sont poursuivis »¹⁵. Il s'agit là d'un impératif incontournable, notamment dans les cas difficiles (*hard cases*), c'est-à-dire dans tous les cas où la règle reste imprécise ou lorsque le droit posé semble muet, ce qui est très souvent le cas en matière déontologique à la fois du fait de la grande diversité des cas de manquement possible et du fait de la nouveauté des instances chargées d'une activité déontologique organisée. L'idée de distinguer les normes premières des normes plus accessoires répond d'ailleurs à une nécessité dans plusieurs champs du droit substantif. Il s'agit d'une perspective défendue, également, par certains théoriciens du droit contemporain comme Ronald Dworkin, qui souligne qu'en l'absence de règles claires, l'interprète du droit doit recourir à des standards plus généraux, que Dworkin appelle « principes juridiques » et qu'il distingue des « règles de droit ». De même, en matière déontologique, une lecture

universalisme. Les spécialistes contemporains du droit comparé sont généralement plus conscients aujourd'hui des orientations culturelles qui traversent tous les ordres juridiques nationaux et il est difficile de croire qu'il en soit autrement en matière de déontologie judiciaire. Le seul fait que l'activité judiciaire puisse occuper, dans certains États, des fonctions différentes de celles qu'elle occupe dans le monde occidental constitue déjà, en soi, un élément suffisant pour jeter un doute sur l'idée d'une certaine universalité des principes déontologiques. Il est difficile de ne pas y voir une forme indirecte de *Jus naturalisme*. Nous croyons pour notre part que la recherche de principes généraux en matière de déontologie judiciaire ne nécessite pas qu'on en postule *a priori* l'universalité. Seule une analyse comparative menée très systématiquement dans plusieurs juridictions étrangères permettrait de conclure au partage (ou non) d'un certain nombre de fondements communs. Cela étant dit, tout ce qui précède ne doit pas être interprété comme un déni des tentations hégémoniques du droit occidental sur tous les autres ordres juridiques. Il s'agit d'un fait connu... Aussi, même le constat qui pourrait être fait d'un partage des mêmes références déontologiques ne devrait pas faire illusion, et tendrait vraisemblablement à révéler tout simplement le caractère *dominant* d'un modèle plutôt que son caractère *universel*. Huppé, *supra* note 9.

¹⁴ Pierre Noreau et Chantal Roberge, *La déontologie judiciaire appliquée*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005.

¹⁵ Conseil consultatif des juges européens (CCJE), « Avis numéro 3 sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité » (19

systématique des décisions prises au cours d'une assez longue période révèle une certaine hiérarchie des devoirs. C'est cette hiérarchie que nous nous proposons de mettre en évidence. Cette orientation permet à la fois que soient prises en compte les normes *explicites* et *implicites* auxquelles recourent les acteurs chargés d'interpréter la portée des obligations déontologiques en même temps qu'ils en précisent les contours¹⁶. L'idée de « norme implicite » est par ailleurs particulièrement nécessaire à la prise en compte des conditions effectives de la décision déontologique¹⁷. Abordant l'évolution de la norme déontologique dans une perspective plutôt analytique que normative, nous n'entendons pas établir ici les principes qui doivent être considérés comme premiers, mais plutôt ceux qui sont *effectivement* considérés comme premiers par les interprètes de la norme. Ce faisant, nous évitons une définition *essentialiste* de la normativité (l'idée de principes *inhérents* à la fonction de juge par exemple) pour nous intéresser plutôt à la hiérarchie émergente de principes déontologiques susceptibles de surdéterminer de façon récurrente l'interprétation des autres normes¹⁸. Dans une perspective plus sociologique, cet exercice met surtout en évidence les tendances lourdes d'un champ normatif en construction.

2. Des fondements normatifs de la déontologie judiciaire

Le texte qui suit doit être abordé comme une synthèse des décisions prises par le Conseil de la magistrature du Québec depuis 1978. Sur le plan de la méthode, la recherche des fondements normatifs de la déontologie judiciaire québécoise est établie sur la lecture horizontale de 530 décisions du Conseil. Dans tous les cas, des références à la doctrine produite en Europe, aux États-Unis, en Angleterre et en Australie permettent une mise en perspective des notions étudiées.

En matière de déontologie judiciaire, la définition de principes fondateurs suppose un exercice auquel sont constamment conviés les interprètes du Code de déontologie judiciaire du Québec. Dans cette perspective, circonscrire une définition même approximative de la

novembre 2002) à la p. 3, en ligne : <http://www.coe.int/t/F/Affaires_juridiques/Coop%25E9ration_juridique/Professionnels_du_droit/Juges/CCJE/>.

¹⁶ Roderick A. Macdonald, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « inférentielle », (1986) 18(1) *Sociologie et société* 47; Roderick A. Macdonald, « Les Vieilles gardes, hypothèse sur l'émergence des normes, l'internormativité, et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », dans Jean-Guy Belley, dir., *Le droit soluble*, coll. « Droit et société », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996 à la p. 233.

¹⁷ À ce propos, on lira avec intérêt, les textes de Macdonald, *ibid*.

¹⁸ Notre perspective se distingue ici de celle de Huppé, *supra* note 9 à la p. 102, qui semble considérer que les principes fondamentaux inhérents à la fonction de juge se situent

déontologie judiciaire — en tant que système de référence — permet déjà de tracer les frontières du champ. À ce propos, la distinction établie, en français, entre éthique et déontologie par la Cour d'appel du Québec dans *Ruffo c. Ministre de la Justice* rend compte de la perspective la plus généralement adoptée :

« Même si l'éthique a indéniablement sa place dans la déontologie, elle s'en distingue. L'éthique est définie comme une science ayant pour objet le jugement d'appréciation en tant qu'il s'applique à la distinction du bien et du mal alors que la déontologie est une théorie des devoirs » [nos soulignés]¹⁹.

La définition de principes déontologiques de portée plus générale relève cependant d'un exercice souvent plus intuitif. Ainsi, toujours dans le cadre de l'arrêt *Ruffo c. Ministre de la Justice*, la Cour d'appel retient, à titre de principes directeurs, quatre éléments tirés d'un texte publié par Huppé en 2000. Il s'agit de : 1) l'engagement du juge envers le droit; 2) son adhésion aux modes de fonctionnement et de pensée caractéristiques de la fonction judiciaire; 3) la préservation de son impartialité; et 4) l'interdiction de détourner le prestige de la fonction judiciaire à des fins autres que celles qu'elle doit servir²⁰. Ces « éléments » sont présentés comme ceux qui « fondent le Code de déontologie judiciaire ». Pourtant, bien qu'on y réfère également dans une décision antérieure du Conseil de la magistrature²¹, ces éléments ne semblent pas repris dans aucune autre de ses décisions. Ces principes touchent d'ailleurs des dimensions d'importance très variable. Certaines notions, comme celle de « prestige », réfèrent en fait à des impératifs plus larges (le problème de la légitimité de l'institution judiciaire par exemple) en réduisant considérablement leur portée. L'idée d'une « adhésion aux modes de fonctionnement et de pensée caractéristiques de la fonction judiciaire » apparaît encore plus ambiguë, et laisse supposer que la constitution d'un

à l'extérieur du droit positif.

¹⁹ *Ruffo (Re)*, *supra* note 3.

²⁰ Luc Huppé, *Le Régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2000 à la p. 204. Notons au passage que c'est à tort que la Cour d'appel attribue la paternité de ces éléments au Juge Gonthier. Plus spécifiquement, la Cour d'appel indique dans *Ruffo (Re)*, *supra* note 3, « L'auteur, Luc Huppé, dans son livre *Le Régime juridique du pouvoir judiciaire*, identifie les éléments fondamentaux du cadre déontologique tracé par le juge Gonthier dans l'arrêt *Therrien*. Ce sont : 1) l'engagement du juge envers le droit; 2) son adhésion aux modes de fonctionnement et de pensée caractéristiques de la fonction judiciaire; 3) la préservation de son impartialité; et, 4) l'interdiction de détourner le prestige de la fonction judiciaire à des fins autres que celles qu'elle doit servir ». Il s'agit cependant d'une méprise, puisque l'arrêt *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3 est rendu en 2001 alors que l'ouvrage précité de Huppé est publié en 2000. Les quatre éléments retenus par la Cour d'appel dans *Ruffo* n'ont donc pas nécessairement l'autorité que leur prête ici la Cour.

²¹ *Bouchard c. Ruffo*, [2003] n° AZ-03181041 (C. Mag.) (Azimut).

esprit de corps serait en soi considérée, au sein de la magistrature, comme une valeur et qu'elle est fondatrice de devoirs particuliers. La référence même à un risque de « détournement du prestige de la magistrature à d'autres fins que celles qu'elle doit servir » renvoie à un cas très particulier (et rarement rencontré) qui tend à restreindre la portée du champ d'application de la déontologie judiciaire.

Une étude plus systématique et plus inductive des contenus des décisions du Conseil nous autorise à aborder la question « à frais nouveaux ». Il ressort de cette analyse que les standards les plus souvent évoqués et les plus susceptibles d'occuper le rang de *principes généraux* sont tantôt explicites et tantôt implicites.

Au rang des principes explicites, trois normes ressortent clairement comme les standards les plus souvent évoqués dans les décisions du Conseil : l'*indépendance*, l'*impartialité* et l'*intégrité*. Ces principes sont nommément établis aux articles 2, 5 et 10 du Code de déontologie qui stipulent respectivement que :

2. Le juge doit remplir son rôle avec **intégrité**, dignité et honneur;
5. Le juge doit de façon manifeste être **impartial** et objectif;
10. Le juge doit préserver l'**intégrité** et défendre l'**indépendance** de la magistrature, dans l'intérêt supérieur de la justice et de la société.

Évoqués dans trois articles très spécifiques du Code, ces principes généraux se trouvent cependant cités dans la majorité des décisions du Conseil, généralement en appui à d'autres devoirs de portée plus restreinte. C'est ainsi que les devoirs d'indépendance, d'impartialité et d'intégrité sont respectivement cités dans 46 %, 55 % et 58 % des décisions du Comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec et forment très clairement la colonne vertébrale du Code de déontologie judiciaire, parce qu'ils sont constamment mobilisés en tant que référence de portée générale.

Ces trois principes trouvent par ailleurs un complément dans le recours à une norme implicite : la *confiance du public*. Cette norme implicite, à laquelle réfèrent pourtant 43 % des rapports d'enquête soumis au Conseil, ne se trouve citée dans aucun article du Code non plus que dans aucune disposition de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*²², qui institue le Conseil de la magistrature et lui confère le mandat d'établir les dispositions du

²² L.R.Q. c. T-16.

Code de déontologie judiciaire. Il s'agit en fait d'une pure construction jurisprudentielle, apparue au fur et à mesure des décisions prises en matière déontologique.

En matière de déontologie judiciaire, ces quatre normes occupent d'une façon très manifeste le haut de la pyramide normative. On verra plus loin qu'elles mobilisent des types de rationalité très différents. Ces principes généraux, s'ils servent régulièrement de références aux membres du Conseil, trouvent cependant dans un tout dernier principe une synthèse empirique inscrite dans *le devoir de réserve*. Soixante-quatre pourcent des rapports d'enquête soumis au CMQ y réfèrent et le devoir de réserve s'y trouve souvent associé aux quatre autres principes généraux dont nous avons fait état, ou à l'un ou l'autre d'entre eux. En regard de ceux-ci, la notion de réserve constitue cependant un standard plus intuitif et plus proche des formes de socialisation que la sociologie qualifierait de « raison pratique ». Elle constitue la base du « sens commun » des juges.

La suite de ce texte traite de la définition qui est donnée de ces concepts tant par la doctrine que dans les décisions du Conseil. L'exposé tend à révéler la diversité de sens attribuée à ces principes mais démontre leur caractère central en tant que normes déontologiques. Un premier développement portera sur la triple référence aux notions d'*indépendance*, d'*impartialité* et d'*intégrité* (les 3 I), alors que les normes de *confiance du public* et de *réserve* sont abordées plus loin, et replacées comme les éléments d'un tout, susceptible de fonder *empiriquement* un *système d'interprétation* propre à la déontologie judiciaire.

2.1 Les fondements normatifs contemporains de la déontologie judiciaire

Abordée sur un plan empirique, la déontologie judiciaire trouve une double assise dans les principes explicites d'*indépendance*, d'*impartialité* et d'*intégrité* et dans le principe implicite de *confiance du public*. Nous les analyserons et les définirons successivement ici, en restituant le sens qui leur a été le plus généralement donné par les instances chargées de les interpréter, sinon de les établir.

2.1.1 Les 3 « I » : *Indépendance*, *Impartialité* et *Intégrité*

Les trois principes d'*indépendance*, d'*impartialité* et d'*intégrité* sont les normes les plus souvent citées dans les décisions du Conseil de la magistrature du Québec et dans celles des tribunaux québécois et canadiens, mais il s'agit en fait des concepts les plus souvent repris par la doctrine. Ils

sont d'ailleurs très régulièrement cités côte à côte.

Dans *Ruffo*, le juge Gonthier réfère en priorité aux articles 5 et 10 du *Code de déontologie judiciaire* et, les reliant aux termes du serment prononcé par les juges de la Cour du Québec, affirme leur caractère premier. Dans le cas de cet arrêt particulier, la question en jeu touche d'abord et avant tout l'impartialité des membres du Conseil, mais la Cour suprême y réfère également à tout ce qui a trait à l'acte de juger :

« [...] le *Code de déontologie* requiert explicitement que les juges se montrent impartiaux et préservent l'intégrité et l'indépendance de la magistrature » [nos soulignés]²³.

Plus tard, dans *Therrien*, le juge Gonthier réaffirme l'importance de ces trois devoirs en introduisant la discussion en ces termes :

« En soulevant de tels arguments, l'appelant demande que notre Cour se penche sur les fondements mêmes de notre système de justice. La décision est, avant toute chose, intimement liée au rôle que le juge est appelé à y jouer et à l'image d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité qu'il doit dégager et s'efforcer de préserver » [nos soulignés]²⁴.

Il conclut un peu plus loin :

« La population exigera donc de celui qui exerce une fonction judiciaire une conduite quasi irréprochable. À tout le moins exigera-t-on qu'il paraisse avoir un tel comportement. Il devra être et donner l'apparence d'être un exemple d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité »²⁵.

Le caractère prépondérant des **3 I** est par ailleurs affirmé dans l'usage qu'en fait la Cour suprême dans l'élaboration d'un critère justifiant la destitution d'un juge. On réfère alors généralement aux travaux du

²³ *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267 au para. 69. Dans ce cas particulier, la Cour suprême articule les trois principes les uns par rapport aux autres en les liant au principe d'impartialité.

²⁴ *Therrien (Re)*, *supra* note 20 au para. 107.

²⁵ *Therrien (Re)*, *ibid.* au para. 111. Il s'agit, depuis, d'un extrait constamment repris dans les décisions du comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec : *Charest c. Cloutier*, [2005] n° AZ-05181001 (C. Mag.) (Azimut); *Gilbert c. Ruffo*, [2004] n° AZ-50282122 (C. Mag.) (Azimut); *St-Louis c. Gagnon*, [2004] n° AZ-04181014 (C. Mag.) (Azimut); *Bouchard c. Ruffo*, *supra* note 21; *Couture c. Houle (Cour municipale)*, 2002 CMQC 26 (C. Mag.) (Azimut); *Bettan c. Dumais*, [2002] n° AZ-02181038 (C. Mag.) (Azimut); *Québec (Ministre de la justice) c. Garneau*, [2002] n° AZ-02181028 (C. Mag.) (Azimut); *Doucet c. Sauvé*, [2001] n° AZ-01181023 (C. Mag.) (Azimut).

professeur Friedland²⁶ et, plus précisément encore, au rapport Marshall soumis en 1991 au Conseil canadien de la magistrature²⁷ :

« Aussi, avant de formuler une recommandation de destitution à l'endroit d'un juge, doit-on se demander si la conduite qui lui est reprochée porte si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge »²⁸.

Les 3 I constituent ainsi pour la Cour suprême comme pour le Conseil de la magistrature du Québec une référence constante, associée au principe implicite de *Confiance du public*, dont nous parlerons ultérieurement. Il s'agit de principes également repris par le Conseil canadien de la magistrature dans l'ouvrage : *Principes de déontologie judiciaire*²⁹.

Aux États-Unis, la primauté des 3 I est aussi explicitement affirmée dans un grand nombre de textes normatifs, notamment dans le *Code of Conduct for United States Judges*, établi par le *Official of the General Counsel, Administrative Office of the United States Courts*, (March, 1997) et le *Model Code of Judicial Conduct*, dont la version la plus récente, établie en 1990 par l'*American Bar Association* et en voie de réécriture, sert de fondement déontologique dans les nombreux États américains qui l'ont adopté comme norme de référence³⁰.

²⁶ Martin L. Friedland, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995 aux pp. 89-91.

²⁷ « Rapport au Conseil canadien de la magistrature déposé par le Comité d'enquête (L'affaire Donald Marshall jr) », (1991) 40 U.N.B.L.J. 210, tel que cité dans Friedland, *ibid.*

²⁸ Therrien (*Re*), *supra* note 20 au para. 147; repris par Ruffo (*Re*), *supra* note 3.

²⁹ Conseil canadien de la magistrature, « Principes de déontologie judiciaire » (1998), en ligne : <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/ethical-f.pdf>>.

³⁰ American Bar Association Joint Commission to Evaluate the Model Code of Judicial Conduct, « Final Draft Report », (14 décembre 2005), Introductory Report à la p. 3, en ligne : <<http://www.abanet.org/judicialethics/finaldraftreport.html>>. Un processus plus global de révision du *Model Code* est présentement en cours. Alors que le présent article est sous presse, la Commission chargée de cette révision recueillait les commentaires du public sur sa version finale. Voici ce qu'elle énonce comme la première des « différences notables » entre la version précédente de 1990 et la version actuellement proposée : « [...] the material treated under each of the Canons has been reorganized to provide what the Commission considers a more logical and helpful arrangement of topics. Canon 1 in the Preliminary Draft combines most of the subject matter of present Canons 1, 2 and 3, addressing both the obligation of judges to uphold the integrity, impartiality, and independence of the judiciary and to avoid impropriety and its appearance ». Soulignons cependant ici que le concept d'« appearance of impropriety » a suscité certaines dissensions sur l'à-propos de son inclusion dans le nouveau

Dans la doctrine américaine, les professeurs Shaman, Lubet et Alfini reconnaissent également le caractère premier des **3 I** dans leur ouvrage *Judicial Conduct and Ethics*³¹, et ce, dès sa première édition de l'ouvrage, parue en 1990, jusqu'à sa troisième édition publiée en 2001 :

« Judges should exercise their judicial functions with integrity, impartiality, and independence »³².

La priorité reconnue à certains principes par rapport à d'autres répond par ailleurs à une opinion largement partagée par les magistrats d'autres juridictions. Ainsi, en France, les résultats d'une consultation menée auprès de 2 545 magistrats français concluaient au fait que :

« Les magistrats sont nombreux à souhaiter que les exigences professionnelles soient plus lisibles dans le serment qu'ils prêtent. L'introduction de l'impartialité recueille 76,65 % d'avis favorables, certaines ajoutent même un devoir d'indépendance à l'égard de toute contingence matérielle, ainsi que de toute pression morale. Le respect du secret professionnel obtient 72,76 % d'avis favorables, l'intégrité 73,83 %, la dignité 68,08 %, la loyauté 63 % »³³.

Sur le plan international, la référence aux **3 I** est également reprise. L'indépendance, l'impartialité et l'intégrité constituent en effet les trois premiers principes énoncés en tête de liste des six principes proposés dans les *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, Déclaration de

Code, principalement à cause de son imprécision.

³¹ Jeffrey M. Shaman, Steven Lubet et James A. Alfini, *Judicial Conduct and Ethics*, Charlottesville, Michie Law Publishers, 1990 1^{ère} éd., 1995 2^e éd., 2001 3^e éd. à la p. 2.

³² *Ibid.* Les auteurs y font référence, en note infrapaginale, aux dispositions du *Model Code*. Il est particulièrement intéressant de souligner ici que Shaman, Lubet et Alfini ont déjà expressément réuni ces 3 premiers canons, de même que le devoir de réserve, de la même façon que le fait présentement le *Model Code* dans sa version révisée. La version antérieure du *Model Code* réfère plus limitativement aux notions d'indépendance de justice et de compétence, qui s'éloignent légèrement de l'idée plus large qu'on tend à établir maintenant des fondements de la déontologie judiciaire : « Our legal system is based on the principle that an independent, fair and competent judiciary will interpret and apply the laws that govern us ». Dans la nouvelle version du *Model Code*, les canons sont divisés en règles. Or, la première règle du premier canon traite – et met indirectement en exergue – les trois mêmes principes. De même la toute première phrase du nouveau préambule du *Model Code* stipule : « The American legal system is based on the principle that an independent, impartial, and competent judiciary, composed of men and women of integrity, will interpret and apply the law that governs our society ».

³³ Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, « Rapport final » (27 novembre 2003) à la p. 4, en ligne : <<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportcabannes.pdf>>. Notons au passage l'importance particulière reconnue au respect du secret professionnel, vraisemblablement associé à la fonction plus spécifique du juge d'instruction en France et aux règles entourant le secret de l'instruction.

principe internationale établie à La Haye en novembre 2002³⁴ et appuyée par les Nations-Unies³⁵.

Les principes de Bangalore s'inspirent d'ailleurs de « divers codes de déontologie adoptés en Amérique, en Asie et en Afrique, des déclarations de principes internationaux relatifs à l'indépendance judiciaire ainsi que des énoncés de principe comme les *Principes de déontologie judiciaire* adoptés par le Conseil canadien de la magistrature »³⁶. Il s'ensuit qu'en cette matière on se sera inspiré à la fois de principes issus des traditions de *common law* et de droit civil³⁷.

³⁴ *Ibid.* à la p. 17.

³⁵ Lire à ce propos Harold Épineuse, « De Bangore à La Haye : vers un modèle international de déontologie de juges ? », dans Denis Salas et Harold Épineuse, dir., *supra* note 2 à la p. 21.

³⁶ *Ibid.* à la p. 111. Encore ici, il convient de souligner le caractère prégnant des références occidentales dans le domaine judiciaire. On sait cependant l'importance que prend, dans les pays asiatiques et africains, les fonctions de conciliation et de médiation, qui l'emportent largement sur les fonctions d'adjudication attribuées à l'institution judiciaire, contexte culturel qui oblige une approche prudente quant au caractère prétendument universel de ces principes. En contrepartie, toutes les traditions culturelles comportent des fonctions de tiers dont les statuts sont divers. Ces fonctions consacrent toutes, à un titre ou un autre, une activité d'objectivation des situations et des règles, et constituent toutes, dans le même sens, une expression des conditions d'institutionnalisation de l'action au sein des sociétés humaines. Des études sur la fonction de médiation rendent compte par ailleurs de ce que les attentes vis-à-vis de ce type de tiers ne sont pas toujours différentes de celles qu'on impose à l'adjudicateur, du moins en ce qui a trait aux obligations d'indépendance, d'impartialité et d'intégrité. Voir à ce propos deux textes déjà anciens, mais toujours pertinents : Richard Abel, « A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society », (1973) *Law and Society*, 217; Norbert Rouland, *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991 aux pp. 33-76.

³⁷ Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, *supra* note 33 à la p. 17. Dans un commentaire sur les recoupements possibles entre ces *Principes*, ceux du Conseil canadien de la Magistrature et ceux du *Model Code* de l'*American Bar Association*, Huppé (*supra*, note 9 à la p. 129), après avoir insisté sur l'importance reconnue aux trois mêmes principes, propose d'y ajouter le devoir de *diligence*, qu'il qualifie de *valeurs fondamentales* et d'*obligations inhérentes* à la fonction judiciaire. Il est cependant, encore ici, difficile de placer tous ces principes sur le même pied. En effet, une analyse plus inductive des décisions du CCQ révèle que si le manque de diligence répond à un impératif fonctionnel et organisationnel, sinon à une nécessité de la civilité, il ne constitue qu'à certaines conditions précises, un manquement au devoir déontologique. La diligence réfère d'ailleurs à des situations spécifiques prévues à l'article 6 du Code. Plus encore, le Conseil a insisté dans des termes non équivoques, dans la décision *Guillemette et Verreault*, sur l'importance relative de la diligence : « la célérité, bien qu'importante, n'est pas la seule qualité que doit posséder la justice, qui doit aussi être rendue dans le calme, la sérénité, après que tous les faits aient été recueillis [...], les représentations et arguments des parties entendus, analysés, évalués, la réflexion faite et la décision prise de façon ferme et

De façon encore plus affirmée, les juges australiens ont également défini les **3 I** comme les *Guiding Principles* de la déontologie judiciaire. Dans un document intitulé *Guide to Judicial Conduct*, le *Council of Chief Justices of Australia* affirme:

“There are three basic principles against which appropriate judicial conduct should be tested to ensure compliance with the stated objectives. These are:

- Impartiality;
- Judicial independence; and
- Integrity and personal behaviour »³⁸.

Dans l'esprit des membres des instances chargées de la mise en œuvre de la normativité déontologique, chaque principe comporte potentiellement (ou doit comporter) sa signification propre. Pour des raisons que nous avons évoquées et qui tiennent au caractère souvent intuitif des textes produits dans le domaine, les termes de l'équation normative sont cependant souvent confondus les uns aux autres dans leur signification de sorte que seule une lecture critique permet d'en tirer le sens le plus constant.

2.1.1.1 Du principe d'indépendance judiciaire

Occupant un pan important de la trilogie des **3 I**, le devoir d'indépendance reste paradoxalement un concept en voie de définition. Bien sûr, pris dans le sens le plus courant que lui donne la théorie politique, la notion d'indépendance réfère à l'autonomie de l'institution judiciaire vis-à-vis des composantes législative et exécutive du pouvoir de l'État. Cette définition ne recouvre pourtant qu'une des dimensions auxquelles renvoient la doctrine et les décisions en matière disciplinaire. La littérature favorise en effet un double élargissement de la notion : 1) la transposition du principe d'indépendance de l'institution judiciaire vers la personne du

irrévocable » (Noreau et Roberge, *supra* note 14 à la p. 170). Notons par ailleurs que les magistrats français ont récemment exprimé des réserves quant à l'intégration du devoir de diligence à leur serment, source de leurs obligations déontologiques; seulement 42,92 % d'entre eux ont appuyé cette proposition de la Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature (*supra* note 3 à la p. 7). En contrepartie, la diligence se trouve aussi à répondre à la garantie constitutionnelle d'être jugé dans un *délai raisonnable*. C'est d'ailleurs ainsi que les *Principes de Bangalore* sont conçus, c'est-à-dire en tant que réponse aux exigences associées aux droits « de l'homme ». Voir *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, document adopté par le Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice et révisé lors de la table ronde des premiers présidents organisée au Palais de la Paix à La Haye (25 et 26 novembre 2002) en ligne : <http://www.unodc.org/pdf/corruption/bangalore_f.pdf>

³⁸ The Council of Chief Justices of Australia, *Guide to Judicial Conduct*, Melbourne,

juge elle-même; et 2) l'extension de l'exigence d'indépendance à toutes les formes d'influences sociales susceptibles de détourner l'activité judiciaire des standards qui doivent lui servir de référence.

i) La transposition du principe d'indépendance sur l'activité concrète du juge

La notion d'indépendance judiciaire, définie ici en tant que condition institutionnelle et en tant que garantie constitutionnelle de la justice, constitue encore aujourd'hui pour l'institution judiciaire un principe phare, régulièrement consacré par la jurisprudence. Avant de constituer un devoir déontologique, elle est la condition structurelle d'une pratique spécifique :

« L'indépendance judiciaire, « indispensable à l'exercice d'une justice impartiale », fournit aux tribunaux une protection contre toute intervention extérieure dans l'exercice du pouvoir judiciaire et conserve ainsi leur liberté d'action »³⁹.

« L'indépendance du tribunal est une question de statut. Son statut doit garantir qu'il échappe non seulement à l'ingérence des organes exécutif et législatif, mais encore à l'influence de toute force extérieure, tels les intérêts d'entreprise ou de sociétés ou d'autres groupes d'expression [...] »⁴⁰.

Le déplacement de la notion d'*indépendance judiciaire* du plan institutionnel vers celui, plus direct et quotidien de l'activité du juge, s'impose cependant comme une nécessité du champ de la déontologie. En cette matière, la normativité étant structurée autour des devoirs du juge, la transposition – sur le plan de l'action individuelle du juge, des garanties constitutionnelles et matérielles reliées à l'indépendance judiciaire – apparaît cohérente. Partant, les exigences vis-à-vis de « l'indépendance de corps » et de « l'indépendance de la décision » se trouvent souvent mises côte à côte.

Le Conseil canadien de la magistrature réfère ainsi spécifiquement à la définition à la fois personnelle et institutionnelle de l'indépendance judiciaire, la notion d'indépendance personnelle étant cependant assimilée ici, d'une manière un peu intuitive, à la notion d'impartialité :

« L'indépendance de la magistrature modèle donc à la fois un état d'esprit et un ensemble de structures institutionnelles et opérationnelles. L'état d'esprit évoqué vise

Australian Institute of Judicial Administration Inc., 2002 à la p. 14.

³⁹ *Couture c. Houle*, *supra* note 25, citant le Conseil canadien de la magistrature, *supra* note 29 à la p. 60.

⁴⁰ *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 283.

l'impartialité objective du juge; les structures impliquent que l'on précise la nature des relations entre la magistrature et les autres institutions, notamment les autres organes de l'État, pour garantir l'indépendance et l'impartialité judiciaires aussi bien dans leur réalité concrète que dans l'image projetée. L'Énoncé et les Principes qui précèdent portent sur les devoirs déontologiques des juges en matière d'indépendance individuelle et collective »⁴¹.

Comme on le verra ultérieurement, chaque principe déontologique comprend inévitablement (dans des proportions variables) une dimension institutionnelle et une dimension personnelle. Cette approche de la déontologie apparaît fondée sur le refus d'une réification des institutions et la reconnaissance de la nature essentiellement relationnelle de toute organisation humaine. Elle affirme implicitement que toute institution, dont la pérennité assure la régulation d'une activité sociale particulière, ne peut tirer son existence que de l'activité des acteurs qui y évoluent. C'est au niveau très concret de cette activité que s'inscrit l'exigence déontologique. Il s'ensuit que si le respect du devoir déontologique est d'abord et avant tout imposé aux membres de l'institution, il vise plus globalement à assurer la stabilité d'action d'une collectivité. En contrepartie, l'institution, dans sa forme organisée, doit garantir les conditions politiques, structurelles et matérielles susceptibles d'assurer la stabilité, la reconnaissance sociale et la fonctionnalité de ces mêmes activités.

S'agissant du principe d'indépendance, cette double nature (individuelle et institutionnelle) se trouve affirmée à plusieurs reprises dans la doctrine et dans les déclarations liminaires des documents produits au sein de différentes juridictions, sans que cette dualité fasse toujours l'objet d'une exploration détaillée, et sans qu'on en tire toujours les conséquences. Le Conseil des juges australiens reconnaît ainsi ces deux aspects du concept, référant tour à tour à l'indépendance constitutionnelle du pouvoir judiciaire et à l'« independence in discharge of judicial duties »⁴². Le premier principe est encore ici mis en relation avec la doctrine de la séparation des pouvoirs⁴³, tandis que le second réfère au devoir du juge de se soustraire à toute tentative aussi subtile soit-elle, visant à influencer sa décision⁴⁴. Le professeur Peter Leuprecht, lors du Colloque 2002 organisé par le Conseil de la magistrature sous le thème : *L'indépendance judiciaire...contrainte ou gage de liberté?*, distingue également ces deux aspects « indissociablement liés » : l'indépendance

⁴¹ Conseil canadien de la magistrature, *supra* note 29 à la p. 8.

⁴² Council of Chief Justices of Australia, *supra* note 38 à la p. 15.

⁴³ Charles de Secondat de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Paris, Garnier, 1961, Livre XI.

⁴⁴ *Ibid.* à la p. 16.

individuelle du juge et l'indépendance collective de l'institution judiciaire⁴⁵. La première réfère encore ici au devoir d'indépendance imposé au juge, la seconde à « l'indépendance à l'égard des autres pouvoirs » de l'État⁴⁶.

ii) L'élargissement de la notion d'indépendance judiciaire

La transposition du principe d'indépendance judiciaire du plan institutionnel au plan de l'activité concrète et individuelle des juges impliquait presque par nécessité un élargissement de la notion. Abordée dans ses dimensions institutionnelles, tel que mentionné précédemment, la notion réfère aux aménagements institutionnels et politiques des pouvoirs. Définie comme un devoir individuel, elle nécessite une autonomie de juger qui déborde largement le simple problème des rapports entre pouvoirs étatiques institutionnalisés et touche toutes les autres sources d'influence possibles.

« L'indépendance individuelle signifie que le juge doit juger en son âme et conscience sur la base des faits et du droit, libre de toutes influences ou pressions extérieures, que celles-ci proviennent de pouvoirs autres que le pouvoir judiciaire, [...] qu'elles proviennent de l'intérieur même du pouvoir judiciaire, ou qu'elles proviennent des parties en cause »⁴⁷.

« L'indépendance judiciaire est un statut, une relation avec autrui. C'est la liberté de juger à l'abri de toute ingérence, pression ou intervention de quiconque »⁴⁸.

Aux États-Unis, la dernière version du *Model Code* y réfère comme à un devoir imposé au juge, et, au plan international, c'est également à cette acception que se rallient les *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire* :

⁴⁵ Peter Lepreucht, « Conférence d'ouverture », dans *Indépendance judiciaire... contrainte ou liberté*, Conseil de la magistrature du Québec, Québec, Actes du Colloque 2002 à la p. 18.

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 19. Dans une tournure un peu différente on retrouve dans l'arrêt *Valente c. La Reine* : « non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives ». *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, 685. Dans la même veine on lira avec intérêt le texte encore récent du juge en chef de la Cour du Québec, Guy Gagnon, *L'indépendance judiciaire : une valeur à mieux comprendre et à promouvoir*, Québec, Cour du Québec, 2006, 47 pages (texte manuscrit).

⁴⁷ Lepreucht, *ibid.* à la p. 18.

⁴⁸ François Aquin, « La légitimité de l'indépendance judiciaire », dans *Indépendance judiciaire... contrainte ou liberté*, Conseil de la magistrature du Québec, Québec, Actes du Colloque 2002, à la p. 30. Cet auteur ajoute notamment les syndicats et

« “Independence” denotes a judge’s freedom from influence, guidance, or controls other than those established by law »⁴⁹.

« Le juge exercera la fonction judiciaire de façon indépendante sur la base de son appréciation professionnelle des faits et conformément à l’esprit de la loi, sans influences extérieures, incitations, pressions, menaces ou interférences directes ou indirectes de la part de n’importe quelle partie ou pour n’importe quelle raison »⁵⁰.

Depuis l’arrêt *Beauregard*⁵¹ et jusqu’au *Renvoi sur les juges*⁵², la magistrature et les tribunaux ont ainsi été appelés à favoriser une définition élargie du devoir d’indépendance personnelle des juges. Il en résulte un inventaire toujours plus étendu des sources d’influence susceptibles de venir orienter de façon indue la décision du juge : les médias, les porteurs d’intérêts particuliers et les groupes de pression, mais également les acteurs du monde juridique lui-même. Comme l’indiquent successivement deux juges en chefs du Québec :

« Un juge indépendant c’est un juge qui décide des litiges qui lui sont présentés en son âme et conscience, uniquement en fonction de la preuve qui a été faite devant lui, non pas en fonction de ce que les médias ont pu rapporter mais en fonction de la preuve qui est faite devant lui, en appliquant la loi en vigueur. Pas la loi qu’il souhaiterait voir en vigueur mais la loi qui est en vigueur. Et ce, à l’abri de toutes pressions. Pressions, qu’elles viennent du milieu politique, du milieu des groupes de pression, des groupes de sociétés ou des médias. En somme, le juge doit être à l’abri de toutes ces pressions-là pour décider, comme je le disais, de ces litiges-là d’une façon totalement impartiale »⁵³.

« Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l’essentiel du principe de l’indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges prise individuellement d’instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises; personne de l’extérieur — que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge — ne doit intervenir en fait, ou tenter d’intervenir, dans la

les multinationales à la liste des groupes de pression potentiels.

⁴⁹ American Bar Association joint Commission to Evaluate the Model Code of Judicial Conduct, *supra* note 30 à la p. 3.

⁵⁰ *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, *supra* note 37, 1^{ère} valeur, application 1.1.

⁵¹ *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56.

⁵² *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 [*Renvoi relatif à la rémunération des juges*].

⁵³ Honorable Pierre-A. Michaud, juge en chef à la Cour d’appel du Québec, en réponse à la question « Que signifie l’expression « indépendance judiciaire »? », dans David M. Arnot et autres, dir., *L’indépendance judiciaire : son importance pour vous*,

façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire »⁵⁴.

2.1.1.2 Du principe d'impartialité

On a pu constater le caractère souvent ambigu des notions d'*indépendance*, d'*impartialité* et d'*intégrité*, qui sont régulièrement utilisées comme des concepts équivalents. Il s'agit, nous l'avons mentionné, d'un état de fait tributaire de la nouveauté du champ de la déontologie judiciaire. Ce constat critique ne doit pas faire oublier que ces concepts se renforcent effectivement les uns les autres et abordent, à des niveaux différents, des exigences complémentaires. Il en va particulièrement ainsi du principe d'impartialité, souvent présenté comme une condition ou une conséquence particulière de l'indépendance judiciaire, ce qui n'est qu'à moitié faux.

Le devoir d'impartialité concerne cependant un niveau très spécifique de l'activité judiciaire et vise les liens qui rattachent le juge aux parties. Dans le cadre de l'activité judiciaire, la notion d'impartialité réfère moins à la capacité du juge de se mettre à l'abri d'influences sociales spécifiques (condition qui tient plutôt de l'indépendance judiciaire) qu'à sa capacité d'éviter de présumer des conclusions d'un litige sans avoir entendu les parties en cause⁵⁵. Il s'agit d'une conséquence obligée du débat contradictoire qui n'a de sens que dans la mesure où l'issue des échanges

Ottawa, Association du Barreau canadien, 2000 à la p. 34.

⁵⁴ L'arrêt *Beauregard c. Canada*, *supra* note 51 est également identifié par le Juge Robert comme l'origine d'une définition *élargie* de l'indépendance judiciaire. Lire à ce propos l'honorable Michel Robert, « L'indépendance judiciaire de *Valente* à aujourd'hui : les zones claires et les zones grises », 6^e Conférence Albert-Mayrand, Université de Montréal, 14 novembre 2002, transcription en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/propos/Robert_Michel/6eConference_A_Mayrand.pdf>, à la p. 7. Cette définition élargie inclut les parties au litige et le public en général et prévaut notamment depuis le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, *supra* note 52. Par ailleurs, ce dernier extrait du Juge Robert semble prêter à la société civile (groupes de pression, médias et milieu juridique) une obligation de retenue qui, pris au premier degré, constituerait une forme de retournement du devoir déontologique : le devoir de ne pas tenter d'influencer le sens de décision judiciaire... On doit sans doute comprendre cependant qu'il s'agit surtout là d'une invitation faite aux juges d'éviter de se mettre en situation d'être influencé ou de laisser croire qu'ils le sont. Par ailleurs, il ne faut pas nier que la nécessité, pour le juge, de se tenir à l'abri de toute influence extérieure, y compris de celle d'un autre juge, peut également, au premier niveau, poser problème compte tenu de la place centrale prise par la jurisprudence d'un côté (elle réfère généralement au point de vue d'un autre juge) et de la dynamique des juridictions au sein desquelles plusieurs juges sont appelés à siéger sur le même banc (on pense à la Cour d'appel et à la Cour suprême, par exemple). On réfère plutôt ici à la capacité des juges de garder, même dans ces situations, leur indépendance d'esprit.

⁵⁵ Le juge Michel Robert, référant à un texte d'Isabelle Martin, rappelle que : « De

n'est pas prédéterminée, ce qui le rendrait inutile. Cela étant, il faut aussi reconnaître que cette prédisposition est tout aussi nécessaire au juge qu'au médiateur ou au conciliateur qui, tous, assument des fonctions de tiers objectivant⁵⁶. Du strict point de vue de la normativité juridique étatique, il s'agit d'ailleurs, en matière déontologique comme en matière judiciaire, d'une condition indispensable au respect du principe d'égalité devant le droit⁵⁷. Celui-ci constitue, en démocratie, la traduction juridique du principe d'égalité des citoyens⁵⁸.

En regard de ce que recouvre la notion d'impartialité, les décisions prises depuis 25 ans au Québec en matière de déontologie judiciaire offrent des repères assez précis :

« L'impartialité est un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée, sans préjugés réels ou apparents »⁵⁹.

« La garantie d'impartialité envisagée sous l'aspect individuel du décideur est une caractéristique qui assure le justiciable de l'absence chez la personne qui préside le tribunal impliqué, à la fois, d'intérêts personnels dans les questions à trancher et de toute forme de préjugé »⁶⁰.

« L'impartialité constitue la qualité fondamentale du juge et l'attribut central de la fonction judiciaire. [...] L'essence de l'impartialité réside dans l'obligation qui incombe au juge de divulguer une cause de récusation et d'aborder avec un esprit ouvert l'affaire qu'il doit trancher, en évitant tout acte ou toute inclination conduisant une personne

plus, la différence entre ces deux concepts prend son importance et devrait, par conséquent, se définir plus amplement avec l'évolution de la jurisprudence en matière administrative, puisque l'indépendance peut exister à un degré moindre en ce qui concerne les tribunaux administratifs, ce qui ne devrait pas être le cas en matière d'impartialité ». Ces références à la garantie constitutionnelle d'impartialité ne doivent cependant être confondues avec l'exigence déontologique, encore qu'elles mettent en évidence les exigences institutionnelles de l'impartialité. Lire « La notion d'impartialité en droit canadien », (1996) 3 R.E.J. 71 aux pp. 73-74.

⁵⁶ Leonard L. Riskin, « Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques : A grid for the Perplexed », (1996) 1(7) Harv. Negot. L. Rev. 8.

⁵⁷ Dans ce sens, la question se pose du lien entre les devoirs d'impartialité et d'égalité. On sait que, dans ses *Principes de déontologie judiciaire* (*supra* note 29), le Conseil canadien de la magistrature présente « l'égalité » des parties comme un devoir spécifique. Cette distinction n'est pas aussi poussée dans les décisions québécoises où la notion d'impartialité est plus souvent utilisée et inclut explicitement ou tacitement celle d'égalité.

⁵⁸ On sait que, sur le plan politique, c'est le même principe qui fonde la légitimité publique du suffrage universel.

⁵⁹ *Lapointe c. Ruffo*, [1990] n° AZ-00181023 (C. Mag.) (Azimut) à la p. 55.

⁶⁰ *Couture c. Houle*, *supra* note 25 à la p. 14.

sensée et raisonnable à penser que le juge privilégie une partie ou un résultat particulier » [nos soulignés]⁶¹.

Toutes ces définitions comportent des éléments comparables, associés à une prédisposition nécessaire (qualité fondamentale, attribut, attitude, caractéristique) : l'absence de parti pris vis-à-vis des parties de la cause et l'absence de préjugé quant à l'issue du litige. Ce sont sur ces deux composantes qu'insiste l'arrêt *Valente* qui définit l'impartialité comme : « un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée » [nos soulignés]⁶². Généralement abordée comme une prédisposition nécessaire à l'activité du juge, la notion d'impartialité est cependant régulièrement présentée aussi comme un attribut de l'institution, notamment quand elle est abordée comme une conséquence de l'indépendance judiciaire. La doctrine, les décisions et les jugements prononcés en matière déontologique parlent ainsi assez librement d'*impartialité de la magistrature*⁶³, d'*impartialité judiciaire*⁶⁴, de *tribunal impartial*⁶⁵, *impartiality of the judiciary*⁶⁶, *impartial judiciary*⁶⁷, etc.⁶⁸ Bien qu'on s'entende facilement pour reconnaître qu'un tribunal impartial doit être présidé par un juge lui-même impartial, cette transposition rend surtout compte du caractère indissociable de l'institution et de ses membres. Quant à la norme déontologique, elle doit encore ici être abordée en regard de l'activité des juges eux-mêmes, comme le fondement d'un devoir personnel.

⁶¹ *Ruffo (Re)*, *supra* note 3 au para. 53.

⁶² *Valente c. La Reine*, *supra* note 46. Cette perspective sur l'impartialité dans une instance donnée tend à révéler que l'impartialité se situe au niveau des parties, alors que l'indépendance s'inscrit dans le cadre d'un niveau social plus général. Voir plus bas, conclusion de cette partie.

⁶³ *Therrien (Re)*, *supra* note 20 au para. 147.

⁶⁴ Conseil canadien de la magistrature, *supra* note 29 à la p. 8.

⁶⁵ *G. R. c. Lafond*, [1997] n° AZ-00181044 (C. Mag.) (Azimut); *Ville de D. c. Juge...* (*Cour municipale*), [1998] n° AZ-00181302 (C. Mag.) (Azimut), décision citant un texte du juge en chef du Québec, Pierre A. Michaud, *L'administration de la justice et les tribunaux : quelques réflexions sur la perception du public*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice/Éditions Thémis, 1995 à la p. 32; *Couture c. Houle*, *supra* note 25, citant le Conseil canadien de la magistrature, *supra* note 20 à la p. 8; *Lessard c. Cartier*, [2004] n° AZ-04181005 (C. Mag.) (Azimut).

⁶⁶ American Bar Association Joint Commission to Evaluate the Model Code of Judicial Conduct, *supra* note 30, Introductory Report, à la p. 3.

⁶⁷ *Ibid.*, Preamble.

⁶⁸ Ainsi, de façon tout à fait caractéristique de cette référence croisée, on parle dans *Valente c. La Reine* (*supra* note 46) et *Ruffo c. Conseil de la magistrature* (*supra* note 23) d'un « état d'esprit » ou d'une « attitude du tribunal » et non du juge, prêtant ainsi à l'institution un trait de personnalité qu'on devrait normalement prêter plutôt à la personne du juge.

C'est dans une direction équivalente, encore que sa position soit plus nuancée, que penche le Conseil canadien de la magistrature dans ses publications de 1991 et 1998 :

« La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert »⁶⁹.

« L'impartialité s'entend non seulement de l'absence apparente, mais, chose encore plus fondamentale, de l'absence réelle, de préjugé et de parti pris »⁷⁰.

Aux États-Unis, la plus récente version du *Model Code* offre une définition concordante. C'est également le cas de la doctrine française.

« "Impartiality " or "impartial" denotes the condition of being without bias or prejudice in favor of, or against, particular parties or classes of parties, or their representatives, and of maintaining an open mind in considering issues that may come before the judge »⁷¹.

« Par définition, être impartial, c'est peser sans acception des choses ou des personnes, les raisons pour ou contre. [...] Et l'on définit alors l'impartialité comme la qualité de ce qui est exempt de préjugé, de ce qui est objectif »⁷².

Plus affirmatifs encore, et tout aussi précis, les *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire* qui sont proposés en tant que référence au plan international déclarent :

⁶⁹ Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges*, Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 15.

⁷⁰ Conseil canadien de la magistrature, *supra* note 29 à la p. 31. Il est difficile de ne pas souligner ici l'existence de deux exigences différentes : la première définition reconnaît de façon réaliste l'existence d'un positionnement moral chez chaque juge en même temps que sa *capacité d'objectivation* et de distanciation, alors que la seconde célèbre une conception apparemment plus abstraite et peut-être plus « esthétique » de l'exigence d'impartialité.

⁷¹ American Bar Association Joint Commission to Evaluate the Model Code of Judicial Conduct, *supra* note 30, *Terminology*, à la p. 2. Le libellé de la version rédigée en 2004 proposait le libellé suivant ne référant pas spécifiquement aux représentants des parties en cause : « "Impartiality" or "impartial" denotes absence of bias or prejudice in favour of, or against, particular parties or classes of parties, as well as maintaining an open mind in considering issues that may come before the judge » : American Bar Association, *Model Code of Judicial Conduct*, Chicago, Center for Professional Responsibility, American Bar Association, 2004 à la p. 8.

⁷² Véronique Magnier, « La notion de justice impartiale », (2000) 36 *Semaine juridique* 1596.

« Le juge exercera ses fonctions judiciaires sans favoriser, prendre parti pour ou porter préjudice à quiconque »⁷³.

Reste à établir les rapports entre indépendance et impartialité, question qui est abordée ultérieurement après une exploration du devoir d'*intégrité*.

2.1.1.3 Du principe d'intégrité

Le principe d'intégrité constitue également un fondement explicite de la déontologie judiciaire. C'est le troisième terme des **3 I**⁷⁴. Il s'agit cependant là aussi d'un concept souvent mal défini et présenté dans des acceptions qui ne permettent pas toujours de le distinguer de l'indépendance ou de l'impartialité⁷⁵.

D'ailleurs, comme c'est le cas des concepts d'indépendance et d'impartialité, la notion d'intégrité renvoie tantôt à une exigence institutionnelle, tantôt, de façon plus stricte, à un devoir individuel, associé à l'exercice de la fonction judiciaire. Il est, à ce sujet, tout à fait

⁷³ *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, *supra* note 37, 2^e valeur, application 2.1.

⁷⁴ La notion d'intégrité, on l'a vue, constitue pour les auteurs de la majorité des textes cités, le troisième terme de la trilogie déontologique. Il est cependant important de constater que certains auteurs y substituent plutôt les notions de *prestige*, de *diligence*, de *compétence*, de *convenance*, de *dignité* ou de *conformité au droit*. Marshall lui-même insiste surtout sur les notions de : *impartiality, civility, patience, and diligence*; T. David Marshall, *Judicial Conduct and Accountability*, Scarborough, Carswell, 1995 à la p. 31.

⁷⁵ Ainsi, la notion d'intégrité se trouve-t-elle parfois associée « aux garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire, qui comprennent l'inamovibilité ainsi que la liberté de s'exprimer et de rendre jugement sans pressions et influences extérieures de quelque nature que ce soit ». Voir *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249 au para. 46. L'arrêt réfère à *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; à *Beauregard c. Canada*, *supra* note 51; et à *Valente c. La Reine*, *supra* note 54. L'extrait rend cependant compte surtout de la référence croisée des concepts et témoigne partiellement de la confusion qui teinte encore une partie de la littérature en matière de déontologie judiciaire. Toujours dans *Moreau-Bérubé*, d'autres passages tendent à opposer l'indépendance personnelle des juges et l'intégrité de la magistrature, dans le recours à la notion paradoxale d'*abus d'indépendance judiciaire*, qui laisse songeur tant du point de vue de la hiérarchie particulière qu'il établit implicitement entre intégrité et indépendance que dans l'inversion indirecte qu'il propose entre les dimensions institutionnelles et personnelles de chaque notion. Lire par exemple l'extrait suivant : « Dans certains cas, cependant, les actes et les paroles d'un juge sèment le doute quant à l'intégrité de la fonction judiciaire elle-même. Lorsqu'on entreprend une enquête disciplinaire pour examiner la conduite d'un juge, il existe une allégation selon laquelle l'abus de l'indépendance judiciaire par ce juge menace l'intégrité de la magistrature dans son ensemble. Le processus d'appel ne peut pas remédier au préjudice allégué » (para. 58). L'idée d'indépendance judiciaire est en effet ici présentée comme un équivalent du concept

caractéristique que le *Code de déontologie judiciaire du Québec* y réfère à deux reprises aux articles 2 et 10, le premier article touchant une conception plus personnelle de l'intégrité, le second référant à une définition plus institutionnelle, c'est-à-dire concernant la magistrature dans son ensemble :

2. Le juge doit remplir son rôle avec **intégrité**, dignité et honneur;
10. Le juge doit préserver **l'intégrité** et défendre **l'indépendance** de la magistrature, dans l'intérêt supérieur de la justice et de la société.

On saisit immédiatement qu'on réfère ici à deux dimensions différentes de l'intégrité, encore que, dans les deux cas, des exigences de nature déontologique équivalentes puissent s'imposer au juge, puisque l'action particulière d'un membre de la magistrature peut comporter des conséquences pour l'image de la magistrature, prise dans son ensemble. Abordée comme exigence institutionnelle, la notion semble surtout associée à la nécessité d'entretenir la confiance du public vis-à-vis des tribunaux. C'est l'intégrité au sens premier du terme. La notion renvoie alors au caractère intact ou inaltérable de l'institution et à un idéal implicite et intuitif d'étanchéité du corps des juges vis-à-vis de tout risque de corruption ou de détournement des finalités ou des exigences associées à la fonction de l'institution. Dans *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, la Cour suprême souligne en référence à la fonction du Conseil de la magistrature que :

« Le Comité a donc pour mission de veiller au respect de la déontologie judiciaire pour assurer l'intégrité du pouvoir judiciaire. La fonction qu'il exerce est réparatrice et ce, à l'endroit de la magistrature, non pas du juge visé par une sanction [...] les objectifs sous-jacents à l'établissement du Comité : ne pas punir un élément qui se démarque par une conduite jugée non conforme, mais veiller, plutôt, à l'intégrité de l'ensemble »⁷⁶.

L'arrêt Therrien réfère aux mêmes exigences générales de protection de l'intégrité du pouvoir judiciaire et insiste sur le contrôle des déclarations et des comportements qui risquent de la compromettre.

« L'intégrité de la magistrature comporte deux volets qui peuvent parfois entrer en conflit. Elle a trait, d'abord et avant tout, à la protection institutionnelle de la magistrature dans son ensemble et à la façon dont le public perçoit celle-ci, grâce au processus disciplinaire qui permet au Conseil de faire enquête sur les juges, de les

de liberté d'expression et ne vient pas nécessairement éclairer le débat sur les contenus de chaque notion.

⁷⁶ *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, supra note 23 à la p. 309.

réprimander et de recommander leur révocation lorsque leur conduite est susceptible de menacer l'intégrité de la magistrature »⁷⁷.

Ici, la notion d'intégrité est directement associée à la notion de légitimité de l'institution. Sur le plan des exigences personnelles cependant, les définitions du concept d'intégrité renvoient plutôt, sous diverses formes, aux qualités de probité et d'honnêteté du juge.

« L'intégrité est la qualité d'une personne qui est d'une probité absolue, honnête et incorruptible »⁷⁸.

« Pour ce qui est de l'*intégrité*, les juges sont invités à adopter une conduite qui est sans reproche aux yeux d'une personne raisonnable, impartiale et bien informée »⁷⁹.

« "Integrity" denotes probity, fairness, honesty, uprightness, and soundness of character »⁸⁰.

« Le juge veillera à ce que sa conduite soit irréprochable aux yeux d'un observateur raisonnable »⁸¹.

La notion d'intégrité réfère à des dimensions qui ont trait aux activités et aux déclarations les plus personnelles du juge, tant à la cour que dans le cadre de ses autres activités publiques. Selon la définition retenue, « l'intégrité » ou « l'apparence d'intégrité » semblent être alternativement ciblées. On constate qu'une partie de ces définitions s'appuient sur le test *de la personne raisonnable, impartiale et bien informée*. On sait que l'administration d'un tel standard exige la référence à une personnalité abstraite dont la doctrine, et une partie de la jurisprudence contemporaine, ont mis en évidence la fragilité, ne serait-ce que parce qu'un tel standard renvoie en vérité au raisonnement d'une personnalité fictive, décontextualisée, sinon désincarnée⁸². Sur une base plus constante, les décisions du Conseil de la magistrature en matière de déontologie judiciaire mettent plutôt en jeu la notion de « Confiance du public », qui suppose qu'on tienne compte du contexte social, culturel et historique des faits étudiés, parfois de la conjoncture particulière où ils se

⁷⁷ Therrien (*Re*), *supra* note 24 aux para. 108-112 et 146-150.

⁷⁸ H. S. c. Juge... (*Aucune matière*), [1986] n° AZ-00181206 (C. Mag.) (Azimut).

⁷⁹ Ruffo (*Re*), *supra*, note 3 au para. 52.

⁸⁰ American Bar Association Joint Commission to Evaluate the Model Code of Judicial Conduct, *supra* note 71 à la p. 3. Dans la présente version du *Model Code*, seule l'impartialité est définie.

⁸¹ *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, *supra* note 37, 3^e valeur, application 3.1.

⁸² Gilles Pépin, « La jurisprudence relative à l'indépendance judiciaire au Canada, depuis l'arrêt Valente », (1995) 55 R. du B. 313.

sont déroulés. L'expérience du Conseil de la magistrature tend à révéler que ce standard est plus susceptible de favoriser un consensus fondé sur la délibération, comme on le verra plus loin.

1.2. De la complémentarité des 3 I

Pris globalement, les 3 I tendent essentiellement vers un seul et même objectif : ils visent à protéger le juge de toute influence extérieure au litige qu'il doit trancher : 1) protection contre des orientations ou des intérêts particuliers extérieurs au système de référence sur lequel s'appuie l'administration de la justice; 2) protection contre des orientations ou des inclinaisons idéologiques ou personnelles susceptibles de prédéterminer les conclusions d'un litige ou de favoriser une partie; 3) protection contre des comportements ou des dispositions personnels qui risqueraient de faire (ou laisser croire) qu'une décision judiciaire pourrait être déterminée par d'autres préoccupations que la recherche de la justice, entendue ici en tant qu'expression juridique du bien commun. On trouve ici rappelé l'essentiel des principes que le discours déontologique définit comme les fondements de la déontologie judiciaire. Cette synthèse ne prétend pas à l'exhaustivité, pour des raisons que la lecture de ce qui précède illustre abondamment. D'autres synthèses, plus précises, pourraient en être faites.

Il ne s'ensuit pas que l'évolution des décisions en matière de déontologie mette tous ces principes sur le même pied. Du point de vue analytique, et bien que ces conclusions ne soient pas définitives, compte tenu de l'évolution constante du champ, ils se distinguent : 1) par la part différente que chaque principe donne aux dimensions institutionnelle et individuelle de la fonction judiciaire; 2) par le fait que chaque principe place le juge dans un système de relation distinct et 3) par le fait que chaque principe occupe une place différente dans la hiérarchie des normes déontologiques.

2.1.2.1. De la portée institutionnelle et personnelle des principes généraux

On a vu que chaque principe déontologique comprend une dimension institutionnelle et une dimension personnelle. La déontologie, qui impose une normativité fondée sur des devoirs, rend précisément compte de cette dualité et de l'interaction de ces deux niveaux d'exigence. C'est dans ce sens particulier qu'il faut lire cet extrait de l'arrêt Therrien :

« les qualités personnelles, la conduite et l'image que le juge projette sont tributaires de celles de l'ensemble du système judiciaire et, par le fait même, de la confiance que le public place en celui-ci »⁸³.

Il en va ainsi de l'*indépendance judiciaire* qui suppose des exigences strictes en regard de la séparation des pouvoirs et de tout intérêt matériel ou idéologique particuliers. Sur une autre échelle, l'activité judiciaire exige cependant aussi de chaque juge qu'il se mette lui-même à l'abri de toute influence indue ou fournisse des motifs de croire qu'une telle influence peut déterminer son appréciation des faits et du droit applicable⁸⁴. Il en va de même des principes d'impartialité et d'intégrité qui connaissent, comme on l'a vu, une expression institutionnelle en même temps qu'ils déterminent les contenus de devoirs déontologiques particuliers. On comprend dès lors la relation empirique qui lie l'institution et ses membres. Il nous semble cependant que le poids des exigences institutionnelle et personnelle associées à chaque principe varie selon qu'on réfère aux principes généraux d'indépendance, d'impartialité ou d'intégrité. On peut ainsi supposer que si, vis-à-vis de l'indépendance judiciaire, le poids de l'obligation institutionnelle est forte (elle bénéficie du reste d'une garantie constitutionnelle), elle est déjà moins déterminante en matière d'impartialité, ne serait-ce que parce que le devoir d'impartialité intervient à un niveau où l'activité quotidienne des juges est beaucoup plus directement interpellée; et moins encore en regard du devoir d'intégrité, qui réfère plus directement encore à la conscience individuelle du juge⁸⁵. Exception faite de systèmes traversés par la corruption, la notion

⁸³ Therrien (*Re*), *supra* note 24 au para. 111. On peut d'une certaine façon voir dans la notion de prestige, parfois utilisée, une inversion du sens de cette équation, le prestige de l'institution devient alors, d'une certaine façon, le garant de la légitimité des membres.

⁸⁴ Cette nécessité ne présage pas d'une définition particulière du droit, chaque théorie du droit proposant, selon le cas, des définitions plus ou moins ouvertes des contenus de la normativité juridique. Voir pour un débat sur cette question Guy Durand, *Six études d'éthique et de philosophie du droit*, Montréal, Liber (coll. La pensée en chemin), 2006 aux pp. 56-67.

⁸⁵ En effet, on l'a mentionné, les notions d'intégrité et d'indépendance de l'institution judiciaire sont régulièrement utilisées et définies dans la littérature comme des notions équivalentes. Cette confusion des termes illustre le type d'imprécision qui caractérise le champ de la déontologie judiciaire. Elle explique le recours souvent constaté aux références circulaires et aux raisonnements tautologiques. En effet, l'indépendance de l'institution est tantôt présentée comme une garantie de son intégrité, alors que l'intégrité de l'institution est ailleurs présentée comme une condition de son indépendance. Les précisions apportées ici à la notion d'intégrité font cependant clairement comprendre qu'il s'agit de deux concepts distincts et que le recours à la notion d'*intégrité de l'institution* constitue plutôt le produit d'une transposition, sur le plan de l'institution, d'une notion qui a beaucoup plus de sens au plan des devoirs imposés au juge lui-même. Elle est plutôt utilisée alors de façon métaphorique. La part des exigences institutionnelles et des devoirs personnels y est du moins différente qu'en matière d'indépendance. Évidemment, l'idée d'*intégrité de*

d'intégrité concerne d'abord et avant tout l'activité, sinon la personne même du juge, sa probité et son honnêteté personnelle⁸⁶.

2.1.2.2. De la portée relationnelle de chaque principe

Par ailleurs, chaque principe déontologique détermine pour le juge un champ d'obligations différent, plus collectif ou plus personnel selon le cas. Ainsi, si le principe d'indépendance traduit d'abord le devoir de chaque juge vis-à-vis de l'institution judiciaire, le devoir d'impartialité met plutôt en évidence les obligations du juge vis-à-vis des parties au litige. Il s'agit en effet d'une relation de type triadique qui n'a de sens que dans l'indétermination *a priori* de la décision et dans l'égalité de traitement des parties. Finalement, la notion d'intégrité réfère de façon plus personnelle aux fondements intimes de la probité, à l'obligation du juge vis-à-vis de lui-même. Il s'agit par conséquent de la dimension de la déontologie la plus proche du questionnement éthique, sinon du questionnement moral.

Pour chaque principe général se trouvent ainsi mis en évidence des niveaux de relation différents : relation du juge à la magistrature en tant qu'institution (c'est le respect des conditions de l'indépendance judiciaire), relation du juge avec les parties au litige (lié au principe d'impartialité) et rapport du juge à soi-même en tant que porteur d'une éthique personnelle susceptible de servir de référence dans la poursuite d'un certain idéal de la justice (l'intégrité).

2.1.2.3. De l'impartialité comme point de convergence des principes généraux

Il s'ensuit une forme de convergence des normes, souvent évoquée dans la littérature, mais assez rarement affirmée directement. Cette hiérarchie ferait de l'impartialité le point de rencontre de l'indépendance judiciaire et du principe d'intégrité. C'est entre le devoir d'indépendance et le devoir d'impartialité que cette convergence est la plus affirmée, le principe d'indépendance étant, selon le cas, présenté comme la justification, le fondement sinon la condition du principe d'impartialité. C'est ce dont

l'institution n'est pas sans signification pour autant, mais on saisit tout ce qu'elle doit à l'attitude et à la probité des juges eux-mêmes plutôt qu'à une protection ou une garantie institutionnelle ou constitutionnelle quelconque.

⁸⁶ En contrepartie, et à titre d'hypothèse, on pourrait être tenté d'affirmer que la conséquence de l'action d'un juge sur la légitimité de l'institution est également déterminée en fonction du poids institutionnel et individuel du principe en cause. Ainsi, en regard de l'indépendance judiciaire, la digression d'un seul juge comporte sans doute des effets plus importants pour l'institution dans son ensemble qu'en regard du devoir d'intégrité, où la dimension personnelle de l'obligation l'emporte et rejaillit d'abord et avant tout sur la crédibilité du juge lui-même. Les risques de compromission de l'institution se trouveraient

témoignent ces extraits tirés des arrêts *Mackeighan c. Hickman, Ruffo (Re)* et *R c. Lippé* :

(L'indépendance est) « la condition fondamentale de l'impartialité judiciaire dans un cas donné »⁸⁷.

« Le concept d'indépendance judiciaire est le fondement de l'impartialité judiciaire [...] »⁸⁸.

« la garantie d'indépendance judiciaire vise dans l'ensemble à assurer une perception raisonnable d'impartialité [...] L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire »⁸⁹.

Dans le même sens, Marshall, après une analyse et une critique de la jurisprudence au sujet de l'indépendance judiciaire de *Beauregard* à *Lippé* conclut :

« One can certainly glean from these authorities that judges are to be independent and impartial in regard to adjudicative matters, independent in regard to constitutional and individual status and impartial in the sense of their mental or intellectual functioning »⁹⁰.

Il nous apparaît concordant d'affirmer la même convergence entre les notions d'intégrité et d'impartialité. En effet, si l'impartialité est une nécessité de l'activité des tiers (du juge en tant que figure d'autorité), elle commande du juge lui-même, en tant que personnalité spécifique, une probité personnelle susceptible de témoigner de sa capacité d'agir de façon impartiale. L'intégrité constitue du moins la condition personnelle d'une recherche exigeante de l'impartialité. Celle-ci suppose, de l'acteur chargé de cette obligation fonctionnelle, une prédisposition individuelle, concordante et crédible aux yeux du public et aux yeux des parties.

Il apparaît ainsi que l'indépendance et l'intégrité peuvent être abordées comme deux conditions nécessaires de la mise en œuvre du devoir d'impartialité. L'indépendance d'action en est la condition constitutive (et

ainsi à décroître. En contrepartie, les obligations de l'institution vis-à-vis des juges sont vraisemblablement plus élevées en matière de l'indépendance judiciaire (on pense à l'indépendance financière de l'institution judiciaire ou à l'inamovibilité des juges) qu'en regard de l'intégrité de ses membres, même s'il s'agit, comme on a pu le voir, de principes liés les uns aux autres.

⁸⁷ *Mackeighan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796 à la p. 826.

⁸⁸ *Ruffo (Re)*, *supra* note 3 au para. 52.

⁸⁹ *R. c. Lippé*, *supra* note 75 à la p. 139.

⁹⁰ Marshall, *supra* note 74 à la p. 31. Lire également à la page 8 ce qui concerne l'arrêt *Valente c. La Reine*.

constitutionnelle) préalable, ne serait-ce que parce qu'elle est la condition première de toute institution. C'est en effet la différenciation et la spécialisation d'un champ d'activité particulier qui justifie, sur le plan social et historique, son autonomie et son institutionnalisation⁹¹. L'intégrité constituerait en contrepartie la condition particulière et personnelle du devoir d'impartialité ; elle en serait, en quelque sorte, la condition éthique. Une telle proposition permet du moins de mettre en lien ces différents devoirs, en évitant la réédition du discours tautologique et autoréférentiel dont ils sont généralement recouverts⁹².

2.1.3 De la *confiance du public* comme norme déontologique implicite

La littérature rend compte des limites d'une conception trop formelle de la déontologie judiciaire. Pris dans l'absolu, comme autant de devoirs inhérents, chacun des 3 I relevé davantage de la prophétie (de la promesse) que de la normativité empirique à laquelle doit normalement renvoyer toute norme destinée à une mise en application continue. Une approche incantatoire (et formelle) de la déontologie rompt ainsi directement avec la pratique déontologique elle-même. Dans son abstraction, elle en fausserait en partie les finalités et les conditions d'exercice. À l'inverse, la déontologie judiciaire trouve une partie de sa signification dans sa matérialisation, et est appelée à remplir plusieurs fonctions à la fois. Paradoxalement, les énoncés de principe établis par la magistrature, ici comme à l'étranger, ne rendent pas explicitement compte des finalités les plus concrètes de la normativité déontologique. Bien que ces finalités inscrivent la normativité déontologique dans le quotidien de la pratique judiciaire, elles restent souvent implicites. On les trouve plutôt affirmées à la périphérie de certains énoncés de principes, dans les commentaires qui accompagnent l'énumération de certains standards ou dans les décisions prises par la magistrature, en matière de déontologie.

Une analyse de contenu un peu systématique fait alors voir que la déontologie judiciaire vise d'abord à assurer la légitimation de l'activité et

⁹¹ Niklas Luhmann, « Le droit comme système social », dans André-Jean Arnaud et Pierre Guibentif, dir., *Niklas Luhmann observateur du droit*, coll. « Droit et société », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, aux pp. 57-72; et Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, trad. de Lucas K. Sosoe, Québec/Paris, Les Presses de l'Université Laval/Cerf, 2001.

⁹² Dans le cadre d'une discussion plus élaborée, le *Council of Chief Justices of Australia* insiste également sur les rapports qui lient ces principes et, faisant également de la norme d'impartialité une référence première, insiste sur le caractère souvent indissociable des 3 I : (Impartiality) « is the central theme of the judicial oath of office, although the same words of that oath also embrace the concepts of independence and integrity, and indeed, in many cases, those concepts are involved in acting impartially ». Lire *Council of Chief Justices of Australia*, *supra* note 38 à la p. 14.

de l'institution judiciaires. Il apparaît cependant que cette légitimation ne peut pas être fondée seulement sur l'entretien d'un statut ou d'un pouvoir de type traditionnel, c'est-à-dire sur la permanence d'une autorité dont la stabilité et la longévité rendraient compte (par elles-mêmes) de la nécessité. Une étude extensive des décisions déontologiques prises par le Conseil de la magistrature du Québec révèle plutôt que la légitimité contemporaine de la magistrature est abordée en fonction d'un souci continu d'assurer la *Confiance du public* dans l'institution. Cette orientation remet en cause l'idée spontanée voulant que la légitimité du pouvoir judiciaire trouve sa source dans la contrainte ou dans la valeur d'une autorité valable en soi, et qu'elle tire au contraire sa reconnaissance publique du caractère jugé nécessaire et désirable de son activité, c'est-à-dire sur le sentiment d'obligation qu'elle fait naître chez le citoyen et le justiciable.

Cette conception dynamique des finalités déontologiques rompt avec une conception fixe de l'autorité et avec le formalisme qu'on associe souvent à une définition toujours plus précise et raffinée, — et partant — abstraite et souvent hermétique, des normes. Elle rompt avec l'interprétation strictement exégétique de la norme pour faire porter le sens de la règle déontologique sur une méthode de type téléologique, c'est-à-dire fondée sur les finalités de la décision⁹³. La notion de *Confiance du public* fait ici office de support interprétatif (sinon de norme de matérialisation), référence sans laquelle tout devoir déontologique se fige dans la forme rassurante d'un énoncé de principe; tire sa signification de sa seule énonciation ou de la cohérence de ses rapports avec d'autres normes. Elle impose à la magistrature et aux instances chargées d'évaluer le comportement des juges, un test de réalité et crée un espace de délibération où peut constamment évoluer le discours déontologique⁹⁴.

Les décisions du Conseil de la magistrature du Québec vont très exactement dans ce sens. C'est également la direction vers laquelle pointent toutes les décisions récentes de la Cour suprême, qui insistent sur l'idée que la *Confiance du public* est au fondement du devoir déontologique, tant en ce qui a trait aux devoirs d'intégrité qu'aux devoirs d'impartialité et d'indépendance :

⁹³ Dans le même sens, la pratique de la déontologie judiciaire s'éloigne des approches grammaticale ou lexicale du droit ou des méthodes systématique ou logique pour emprunter des perspectives plus matérielles ou empiriques. Voir à propos de ces différentes théories de l'interprétation, l'ouvrage souvent cité de Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999.

⁹⁴ Dans le sens même où Patrick Glenn (*supra* note 5) affirme très lucidement que la normativité déontologique n'a pas de sens hors des institutions chargées de sa mise en œuvre.

« En effet, la décision du ministre (*de demander à la Cour d'appel de lui produire un rapport sur la conduite du juge Therrien*) a pris en considération l'ensemble de la situation de l'appelant ainsi que celle des justiciables qui sont en droit d'obtenir la plus grande intégrité, impartialité et indépendance de la part des membres de la magistrature envers lesquels ils accordent leur confiance » [nos soulignés]⁹⁵.

La Cour suprême allait dans le même sens, en faisant de la confiance du public le point de référence sur lequel repose, en définitive, toute la normativité déontologique :

« La précieuse confiance que porte le public envers son système de justice et que chaque juge doit s'efforcer de préserver est au cœur du présent litige. Elle en délimite les moindres contours et en dicte l'ultime conclusion »⁹⁶.

Il s'ensuit que, bien qu'il s'agisse d'une norme implicite, la confiance du public sert de mesure de gravité dans l'interprétation des normes déontologiques explicites et posées. On trouve dans les décisions du Conseil de la magistrature du Québec, un très grand nombre d'exemples de ce raisonnement qui fait office de test empirique et permet de mieux saisir les fondements normatifs du raisonnement déontologique. En effet, dans la majorité des dossiers, le travail du Comité consiste essentiellement à décider si la conduite du juge constitue un manquement tel « qu'il mine la confiance et le respect du public à l'égard de la magistrature, de l'institution judiciaire et du système de justice »⁹⁷. Le même test sert d'ailleurs de critère déterminant dans les décisions conduisant à l'imposition d'une réprimande⁹⁸ ou à la recommandation de la destitution des juges⁹⁹. Dans ce sens, la notion de confiance du public sert également de mesure sur l'échelle des sanctions déontologiques. Les décisions du Conseil de la magistrature du Québec rendent d'ailleurs compte d'une certaine gradation dans l'appréciation qui est faite de la gravité des

⁹⁵ *Therrien (Re)*, *supra* note 20 au para. 137.

⁹⁶ *Ibid.* au para. 147.

⁹⁷ *Québec (Ministre de la justice) c. Garneau*, *supra* note 25; *Desaulniers c. Crête (Cour municipale)*, [2003] n° AZ-03181019 (C. Mag.) (Azimut); *Couture c. Houle*, *supra* note 25.

⁹⁸ « [O]n ne réprimande pas un juge pour le simple fait de le punir d'avoir agi contrairement au Code de déontologie, mais bien pour que la réprimande serve l'intérêt de la magistrature et que la confiance en celle-ci soit conservée. » *Bettan c. Dumais*, *supra* note 25 au para. 18; « En matière de déontologie judiciaire, [la réprimande] doit avant tout, permettre de rétablir la confiance que la population doit entretenir à l'endroit du juge et du système judiciaire. » *Paré c. Fortin*, [2003] n° AZ-03181004 (C. Mag.) (Azimut).

⁹⁹ Un flottement a subsisté un certain temps dans la littérature sur le critère en fonction duquel la destitution d'un juge pouvait être envisagée et imposée. Comme on l'a indiqué plus haut, la référence plus abstraite à la confiance que des « *personnes impartiales* » placeraient en la droiture, l'intégrité morale et l'honnêteté (du juge et) de ses décisions, est

déclarations ou des comportements des juges, selon que la plainte est jugée non fondée ou fondée, que les faits reprochés constituent un manquement suffisant ou insuffisant pour justifier une réprimande ou non ou même une recommandation de destitution. Dans tous les cas, la norme de *Confiance du public* constitue un étalon, une mesure de la gravité relative, des faits et des sanctions en cause.

Un rapide tour d'horizon de la littérature étrangère rend très exactement compte des mêmes orientations. La notion de *Confiance du public* y est constamment reprise et commentée. Le *Council of Chief Justices of Australia* propose ainsi une relecture des 3 I en fonction des impératifs reliés à la confiance du public dans une référence indirecte aux normes d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité :

« The principles applicable to judicial conduct have three main objectives :

- To uphold public confidence in the administration of justice;
- To enhance public respect for the institution of the judiciary; and
- To protect the reputation of individual judicial officers and of the judiciary.

Any course of conduct that has the potential to put these objectives at risk must therefore be very carefully considered and, as far as possible, avoided » [nos soulignés]¹⁰⁰.

En Europe, on réfère directement à la notion de *Confiance dans la justice*¹⁰¹. La déclaration internationale de Bangalore affirme également, dans un de ses attendus, le lien entre la confiance du public et l'exigence démocratique :

périodiquement reprise (Friedland, *supra* note 26 à la p. 91). L'affaire Marshall, elle, met particulièrement l'accent sur la « confiance de la population » : « La conduite reprochée porte-t-elle si manifestement et si totalement atteinte aux notions d'impartialité, d'intégrité et d'indépendance de la justice qu'elle ébranle suffisamment la confiance de la population pour rendre le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge » (Friedland, *supra* note 26 à la p. 91). C'est également le critère retenu par la Cour suprême dans *Therrien (Re)*, *supra* note 24 à la p. 147 : « Aussi, avant de formuler une recommandation de destitution à l'endroit d'un juge, doit-on se demander si la conduite qui lui est reprochée porte si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge ». Le même critère est systématiquement repris par le Conseil de la magistrature du Québec. On y réfère également dans *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick*, *supra* note 75.

¹⁰⁰ *Council of Chief Justices of Australia*, *supra* note 38.

¹⁰¹ « Il apparaît qu'une réflexion d'ordre éthique est indispensable pour différentes raisons. Les méthodes utilisées pour régler les litiges devraient toujours inspirer confiance. Les pouvoirs du juge sont strictement liés aux valeurs de la justice, la vérité et la liberté.

« ATTENDU QUE la confiance du public dans le système judiciaire et dans l'autorité morale et l'intégrité de l'appareil judiciaire revêt la plus grande importance dans une société démocratique moderne »¹⁰².

Aux États-Unis, la référence à la confiance du public en tant que justification des principes d'indépendance, d'impartialité et d'intégrité est elle aussi établie dans la version révisée du *Model Code* américain, qui énonce que :

« Rule 1.01: Promoting Confidence in the Judiciary

A judge shall act at all times in a manner that promotes public confidence in the independence, integrity, and impartiality of the judiciary »¹⁰³.

Se trouvent ainsi liées l'une à l'autre les dimensions normatives et empiriques du raisonnement déontologique.

Types de rationalité et dialectique des rationalités formelle et matérielle

L'étude de chaque champ de normativité émergent ou nouveau, offre un avantage particulier par rapport à l'étude d'ordres juridiques plus anciens ou mieux établis : elle met en évidence les conditions premières de sa matérialisation. Celle-ci exige presque inévitablement un retour sur les finalités de la loi ou de la norme. Souvent, rappelle Pierre A. Côté, on en réfère ainsi à l'*intention du Législateur* de manière à établir la portée de la norme¹⁰⁴. Ce procédé est une exigence presque incontournable du travail d'interprétation auquel sont conviés les agents chargés de la mise en application ou de la mise en œuvre du droit. Il permet, du moins pour un temps, de contourner les risques du formalisme abstrait (typique du mode de pensée formel-rationnel) auquel est toujours exposé le discours juridique et qui fonde les caractéristiques de la dogmatique juridique, telle qu'elle a été définie par Max Weber¹⁰⁵. En effet, au fur et à mesure que se

Les normes de conduite des juges sont le corollaire de ces valeurs et la condition de la confiance en la justice. La confiance en la justice est d'autant plus importante en raison de la mondialisation croissante des litiges et de la circulation des jugements. En outre, les attentes légitimes des justiciables dans un État de droit supposent que soient définis des principes généraux, compatibles avec le procès équitable et garantissant les droits fondamentaux. Les devoirs du juge lui sont imposés pour garantir son impartialité et l'efficacité de son intervention ». Conseil consultatif des juges européens, *supra* note 15 aux pp. 2-3; également cité par Huppé, *supra* note 9 à la p. 109.

¹⁰² *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, *supra* note 37, Préambule, 6^e attendu.

¹⁰³ American Bar Association Joint Commission to Evaluate the Model Code of Judicial Conduct, *supra* note 30, Canon 1 à la p. 1.

¹⁰⁴ Côté, *supra* note 93 aux pp. 475-476.

¹⁰⁵ Voir notamment à ce propos : Évelyne Serverin, « Sens et portée de la distinction

stabilise la signification de la norme, s'impose souvent une reconstruction abstraite de la réalité. C'est ainsi que l'interprétation juridique risque toujours, tôt ou tard, de prendre congé du monde vécu et mouvant auquel elle s'applique et s'impose.

Le champ de la déontologie judiciaire a jusqu'ici pu échapper à cette ossification prématurée du sens des concepts les plus courants avec les imprécisions et les approximations qui accompagnent inévitablement une telle situation. Cet état de fait met également en évidence la logique interprétative dans laquelle s'inscrit la normativité déontologique : elle se situe au confluent de deux types de rationalité différents, mis en évidence par la sociologie du droit : la *rationalité formelle* d'un côté et la *rationalité matérielle* de l'autre¹⁰⁶.

La « rationalité formelle » (ou rationnelle-formelle) justifie une appréciation des faits et une prise de décision fondée sur l'interprétation de la norme en tant que référence fixe et indépendante dans sa signification. Évidemment, cette signification renvoie généralement à des orientations valorisées dans un contexte institutionnel, social ou normatif donné, mais sa stabilité, au cours d'une même période, répond surtout à des exigences d'objectivation et de fixation des standards. C'est essentiellement à cette rationalité formelle que répondent les normes déontologiques d'*indépendance*, d'*impartialité* et d'*intégrité*, qui renvoient toutes à une préoccupation axiologique ou morale, mais nécessitent, pour répondre aux caractéristiques de la rationalité formelle propre à la normativité juridique, une définition stable¹⁰⁷. Ce type de rationalité favorise le développement d'une appréciation des faits fondée sur des standards ou des normes établis *a priori*.

À l'inverse, le recours à la norme de *Confiance du public* répond à une rationalité plus « matérielle » (rationnelle-matérielle), c'est-à-dire plus orientée en fonction de l'exercice concret de la fonction judiciaire. On recourt à des objectifs fixés *a posteriori*, soit le rétablissement d'une

entre dogmatique et sociologie du droit chez Weber », dans Michel Coutu et Guy Rocher, dir., *La légitimité de l'État et du droit : autour de Max Weber*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005, aux pp. 155-171.

¹⁰⁶ Max Weber, *Sociologie du droit*, coll. «Recherches et politiques», Paris, Presses universitaires de France, 1986, et Max Weber, *Économie et société*, vol. 1, coll. «Pocket», Paris, Plon, Agora, 1995, à la p. 130, de même que Michel Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris/Québec, Librairie générale de droit et de jurisprudence (coll. « Droit et Société »), Presses de l'Université Laval, 1995.

¹⁰⁷ C'est en partie à cet impératif de formalisation et de standardisation que répond la rédaction d'un Code de déontologie, et plus encore d'un code annoté, dont l'établissement contribue à la fixation graduelle des normes et des interprétations. On constatera cependant à la lecture de l'introduction de l'ouvrage, *La déontologie judiciaire appliquée* (*supra* note

confiance qui risque de se trouver ébranlée par les comportements ou les déclarations d'un juge. Dans cette perspective, la décision déontologique répond surtout à des exigences empiriques et matérielles reliées au besoin de légitimation de l'institution. L'interprétation de la norme déontologique n'y tient pas tant de la correspondance d'un comportement particulier avec la définition d'un devoir particulier, que de l'appréciation concrète des conséquences qu'un comportement ou qu'une déclaration peuvent avoir sur la confiance que le public met dans la magistrature, dans la crédibilité d'un juge en exercice ou dans celle des autres membres de la magistrature¹⁰⁸. Elle offre, dans ce sens, une mesure empirique de la portée du devoir déontologique.

À la fois du fait de sa nouveauté et du fait de la diversité des situations qu'elles sont amenées à évaluer, les instances chargées de la mise en application de la normativité déontologique voient ainsi leur activité placée au centre d'une tension continue, d'une forme de dialectique, entre rationalité formelle et rationalité matérielle, qui fondent ici un double système de référence. Il est raisonnable de croire que cette tension traverse l'activité de toute instance chargée d'appliquer une norme de type déontologique. Elle caractérise du moins de façon claire les modes de raisonnement auxquels recourt actuellement le Conseil de la magistrature du Québec en matière de déontologie judiciaire, modes qui peuvent être retracés dans le corpus de ses décisions. On saisit cependant à la lecture des énoncés de principes établis dans d'autres ordres juridiques (et dans un certain nombre de textes doctrinaux) que cette tension caractérise également les procédés de rationalisation utilisés par la majorité des instances chargées de mettre en œuvre les normes établies — ou les

14), dont nous sommes les auteurs, que la nouveauté du champ et le traitement empirique que nous avons fait des cas et des décisions du Conseil de la magistrature du Québec a permis d'éviter une fuite en avant dans le formalisme juridique pour faire voir la « rationalité matérielle » qui préside à la majorité de ces décisions.

¹⁰⁸ Sans traiter spécifiquement ici de cet aspect, indiquons également que l'activité déontologique pourrait être analysée à partir de la distinction également proposée par Weber entre les rationalités en valeur (axiologique) et la rationalité en finalité (instrumentale). C'est volontairement que nous avons fait, dans ce qui précède, une référence indirecte à cette autre typologie de la rationalité. Elle touche cependant moins l'activité interprétative et l'usage du droit (plus formels ou matériels selon la rationalité mise en jeu par les interprètes ou les responsables de mise en œuvre de la norme en tant que standard) que l'activité de la magistrature, en tant qu'institution dont l'activité se situe toujours aux confins des choix faits en fonction de certaines valeurs promues (rationalité en valeur) et de certains objectifs institutionnels (rationalité en finalité), auxquels correspondent également – sur une autre échelle de la rationalité – les références aux devoirs d'un côté (rationalité en valeur) et les impératifs liés à la confiance du public de l'autre (rationalité en finalité). D'autres développements théoriques pourraient venir à ce propos dans un texte ultérieur.

standards généraux reconnus — en matière de déontologie judiciaire. En rupture avec la dogmatique juridique pure, l'activité déontologique s'appréhende plus facilement dans sa réalité empirique observable. D'ailleurs, sur le plan plus matériel de l'activité concrète des juges, ces modes de raisonnement trouvent aussi une traduction pratique dans le devoir de *réserve*, qui sert de référence, sinon d'expression, d'une certaine « raison pratique » dans un grand nombre de décisions déontologiques.

2.2. La *réserve*, en tant que sens commun professionnel

L'*indépendance*, l'*impartialité*, l'*intégrité* et la *confiance du public* sont les normes de référence les plus systématiquement utilisées en matière de déontologie judiciaire. Elles fondent des principes généraux sur lesquels s'articulent à la fois les raisonnements formels et matériels des instances qui sont chargées de l'interprétation des devoirs imposés au juge. Ces notions trouvent cependant une synthèse pratique dans une notion générale et souvent intuitive : la *réserve*. Au Québec, en regard du Code de déontologie judiciaire, la *réserve* trouve une place spécifique à l'article 8 qui stipule :

8. Dans son comportement public, le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité

Abordée isolément, la *réserve* y apparaît comme un devoir parmi d'autres. La référence au devoir de *réserve*, nous l'avons vu, est pourtant reprise, dans près de 65 % des décisions du Conseil, ce qui tend à rendre compte de la place centrale qu'elle occupe en tant que norme déontologique de portée générale¹⁰⁹. Elle est du reste très largement associée à l'interprétation des normes d'*indépendance*, d'*impartialité*, d'*intégrité* et de *confiance du public*¹¹⁰. La réserve y est tantôt définie comme une conséquence normative obligée, sinon comme une obligation pratique, découlant de ces autres standards généraux. Selon les auteurs et les décisions, la notion de réserve est ainsi tour à tour associée aux devoirs d'indépendance et d'impartialité, tantôt à la norme implicite de confiance du public. Un exemple de ces références croisées est offert par les décisions récentes du Conseil de la magistrature du Québec :

¹⁰⁹ On peut trouver un indice de l'importance centrale du devoir de réserve dans cet extrait du rapport majoritaire d'un comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec, où l'on souligne avec approbation son absence au sein du Code de déontologie judiciaire, bien qu'il y figure expressément à l'article 8 : « L'obligation de réserve ne fait pas l'objet d'une mention spécifique au Code de déontologie et il ne doit pas en être autrement. La réserve est une façon d'être, d'agir, de s'exprimer et d'intervenir, que commande la fonction de juge ». *Racicot c. Plante*, [1999] n° AZ-00181047 (C. Mag.) (Azimut).

¹¹⁰ Au strict plan statistique, les références croisées au devoir de réserve et aux 3 I et à la notion de confiance du public représentent les proportions suivantes :

« Il est vrai qu'il n'existe pas de définition précise de ce devoir, mais l'Honorable juge Gonthier en a en quelque sorte établi les paramètres lors de la décision rendue dans la présente affaire, et ce dans les termes suivants :

« Le devoir de réserve lié à la charge de magistrat est un principe fondamental. En soi, il est une garantie supplémentaire de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires et vise à mesurer que la perception du justiciable ne soit pas affectée sous ce rapport. La valeur d'un tel objectif s'apprécie pleinement, d'ailleurs, lorsqu'il est rappelé que les juges demeurent les seuls arbitres impartiaux à qui l'on peut recourir dans les cas où les autres modes de résolution de conflits s'avèrent infructueux. Le respect et la confiance qui s'attachent à cette impartialité commandent donc tout naturellement que le juge soit à l'abri de remous et de controverses susceptibles d'entacher la perception d'impartialité que doit dégager son comportement »¹¹¹.

Ailleurs, la réserve est présentée comme une norme indissociable au respect des **3 I** à la fois :

« Tant dans l'enceinte du tribunal qu'en-dehors de celle-ci, la conciliation du principe d'impartialité et du respect des valeurs d'indépendance et d'intégrité de la magistrature soulève l'importante question de l'étendue du devoir de réserve des juges et des limites qu'ils doivent accepter relativement à leur liberté d'expression » [nos soulignés]¹¹².

Ce faisant, la Cour d'appel fait du devoir de *réserve* le principe actif des **3 I**, l'exigence concrète associée aux principes fondamentaux de la déontologie judiciaire. Dans tous les cas, la notion de *réserve* réfère à un idéal imprécis relié au comportement attendu des juges, défini dans sa forme la plus concrète. En soi, sa transgression est plus facile à constater que son respect continu. Il s'ensuit qu'elle ne peut être associée à aucun

Tableau 1 : Réserve et références aux principes généraux

Références croisées à la réserve et aux autres normes	% des rapports d'enquête	
	Nb	%
Réserve et indépendance	29	56
Réserve et impartialité	37	70
Réserve et intégrité	36	68
Réserve et confiance du public	28	53
Réserve, indépendance, impartialité et intégrité	24	45
Réserve, indépendance, impartialité, intégrité et confiance du public	21	40
Total des rapports d'enquête traitant de la réserve	53	100

¹¹¹ *Gobeil c. Ruffo*, [1997] n° AZ-00181034 (C. Mag.) (Azimut) citant *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, *supra* note 23.

¹¹² *Ruffo (Re)*, *supra* note 3 au para. 54.

comportement positif précis, comme le souligne la Cour suprême :

« Je reconnais qu'on ne trouve pas chez les auteurs ce même consensus en ce qui concerne la façon dont ces normes peuvent se traduire en comportements, qu'il s'agisse de ceux qui siéent à la conduite en cour ou de ceux que le magistrat peut adopter en public. Certains auteurs, en effet, se montrent stricts; d'autres préconisent une plus grande ouverture. Cet état de choses, que certains perçoivent comme l'indication d'un malaise et une invitation formelle à entourer le devoir de réserve de paramètres mieux définis est cependant, à mon sens, légitime et naturel. Il n'est, en fait, que le reflet de la règle déontologique elle-même qui, par nature, peut difficilement se prêter à des définitions précises »¹¹³.

Ainsi, on ne trouve dans la doctrine pertinente que peu de définitions claires de ce qu'implique le devoir de réserve. Dans *Ruffo*, la Cour suprême se refuse à définir la notion :

« J'estime néanmoins qu'il n'appartient pas à notre Cour de définir le devoir de réserve au regard des circonstances particulières de l'affaire : cette tâche, en effet, relève en premier lieu du Comité et, de façon plus générale, des personnes et organismes responsables de la déontologie judiciaire »¹¹⁴.

Huppé offre en contrepartie à la doctrine une définition partielle :

« (*Le*) devoir de réserve [...] consiste à s'abstenir d'exprimer publiquement son opinion sur des sujets de nature politique, des questions controversées ou des situations dont il [le juge] est susceptible d'être saisi dans le cadre d'un litige »¹¹⁵.

Les décisions du Conseil se tiennent elles-mêmes à la périphérie de la notion, et réfèrent tantôt au fait que « le juge n'est pas un citoyen comme les autres »¹¹⁶, ou rappellent les exigences de « prudence » et de « modération » associées à la fonction judiciaire¹¹⁷. Certaines décisions portent sur des situations particulières, notamment sur l'obligation faite aux juges de ne pas commenter publiquement leurs propres jugements¹¹⁸.

En regard de l'espace public, un consensus semble cependant établi sur les restrictions qui s'imposent aux activités du juge « même de celles qui ne susciteraient aucune critique si elles étaient accomplies par d'autres

¹¹³ *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, *supra* note 23 au para. 109.

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 106.

¹¹⁵ Huppé, *supra* note 20 à la p. 211.

¹¹⁶ *Rémillard c. Pelletier*, [1991] n° AZ-00181035 (C. Mag.) (Azimut).

¹¹⁷ *Lapointe c. Ruffo*, *supra* note 59.

¹¹⁸ *Couture c. Houle*, *supra* note 25.

membres de la communauté »¹¹⁹. Cette nécessité touche cependant directement les conditions d'exercice de la liberté d'expression, question qui est traitée explicitement par la doctrine et dans certaines décisions du Conseil de la magistrature :

« M. le professeur Karim Benyekhlef, de l'Université de Montréal disait, lors d'un colloque de l'Association du Barreau canadien, division Québec, tenu à Montréal le 14 février 1997 :

“ L'institution judiciaire participe aux débats par son action constitutionnelle. Elle occupe un espace public important en interprétant et en structurant le champ des droits et libertés de chacun. Dans le cadre de cette mission, nous savons que le pouvoir judiciaire doit bénéficier d'une indépendance par rapport aux autres pouvoirs de l'État. C'est au nom de cette indépendance que l'on reconnaît curieusement des limites à la liberté d'expression des juges. Ainsi, le juge, qui s'exprime sur tel ou tel sujet, risque de perdre cette aura d'impartialité au regard du public. En effet, en s'exprimant, suppose-t-on, il aura pris parti. L'objectivité judiciaire, dont le juge est soi-disant titulaire, ne peut admettre l'expression d'opinions; cette expression ayant pour résultat de subjectiviser l'office du juge ”.

[...] L'indépendance de la magistrature comporte des inconvénients que le juge doit assumer: la réserve en est un » [nos soulignés]¹²⁰.

Dans l'arrêt *Ruffo*, la Cour d'appel et la Cour suprême soulignent respectivement que :

« La portée du devoir de réserve d'un juge, au regard de la liberté d'expression garantie par les chartes, exige que soit examinée avec une acuité particulière l'interaction entre la régulation du discours du juge et les systèmes de valeurs de la société »¹²¹.

C'est une conclusion à laquelle en viennent les juges d'autres juridictions, comme c'est le cas en France où la Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature souligne :

« L'intégration du devoir de réserve dans le serment a parfois suscité des craintes d'atteintes à la liberté d'expression, à la liberté syndicale, mais elle recueille 52,2 % d'avis favorable (Proposition 1-A). Certains magistrats suggèrent de le remplacer par un « devoir de neutralité » ou un « devoir d'indépendance » »¹²².

¹¹⁹ Conseil canadien de la magistrature, *supra* note 29 à la p. 15.

¹²⁰ *Gobeil c. Ruffo*, *supra* note 111.

¹²¹ *Ruffo (Re)*, *supra* note 3 aux para. 54-55.

¹²² Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, *supra* note 33 à la p. 6.

Ces références croisées rendent cependant compte des liens dont nous avons fait état jusqu'ici entre le devoir de réserve d'un côté et les devoirs d'*indépendance*, d'*impartialité* et d'*intégrité* de l'autre. On saisit intuitivement que la notion de réserve trouve son sens sur un autre registre tout aussi général, mais moins abstrait.

Revenons légèrement en arrière. On a vu que, mis en rapport avec la norme implicite de *Confiance du public*, les devoirs d'indépendance, d'impartialité et d'intégrité perdent leur valeur absolue pour faire l'objet d'une réinterprétation continue, au fur et à mesure que se modifient les contenus de la demande sociale et la portée des attentes collectives. Les notions d'indépendance, d'impartialité et d'intégrité voient ainsi leur contenu et leur portée varier en fonction de l'interprétation des orientations sociales de la période, telles qu'elles sont définies par les instances chargées du contrôle déontologique. La gravité relative des comportements et des déclarations étudiées est également mesurée sur cette échelle variable. Abordées dans le cadre de cet équilibre, ces normes forment dans l'ordre juridique déontologique, un *système d'interprétation* spécifique.

Le recours à la notion de réserve, abordé ici dans une perspective sociologique, porte l'activité déontologique sur un tout autre plan : celui des juges eux-mêmes, en tant que communauté sociale particulière. Il en va dans ce sens de la magistrature comme de tout champ social spécifique : il constitue un espace d'interaction bénéficiant de règles du jeu qui lui sont propres. La notion de *réserve* cristallise dans un concept unique la culture interne de la magistrature et détermine une partie importante des attentes des juges les uns vis-à-vis des autres de même que les attentes des autres acteurs du monde juridique et des justiciables dans leur ensemble vis-à-vis des juges. Ces attentes croisées consacrent à la fois la spécificité et l'autonomie de l'activité des juges en regard des autres champs d'activité sociale et constituent, au sein de la magistrature, l'expression d'une culture de référence que le sociologue Pierre Bourdieu a désignée sous le nom d'*habitus*. Dans sa définition la plus générale, l'*habitus* suppose l'intériorisation de références stables qui structurent l'activité et les dispositions des membres d'un même champ social ou professionnel, d'une même configuration sociale¹²³. Il suppose l'intégration sur le plan cognitif des règles du jeu — nous pourrions dire des schèmes — les plus caractéristiques du champ. Ceux-ci forment d'une certaine façon les fondements du « sens commun » des juges, dispositions qui prennent d'ailleurs moins la forme de normes abstraites et impératives, que celle de « raisons pratiques » susceptibles de correspondre aux

¹²³ Nous recourons ici au concept défini par Norbert Élia, *Qu'est-ce que la sociologie?*, Paris, Les Éditions de l'aube, 1991 aux pp. 154-161.

exigences objectivées de l'activité judiciaire, telle qu'elle est conçue à une période donnée. L'*habitus* professionnel des juges tire par conséquent son ressort de l'intégration de l'ensemble des « raisons pratiques » propres à l'exercice de la fonction judiciaire, plutôt que de la coercition. Celles-ci agissent comme une grammaire de l'activité judiciaire, abordée ici en tant qu'activité sociale et, pour cette raison, s'imposent souvent de façon plus ou moins consciente aux membres de la magistrature sous forme de « structures incorporées »¹²⁴. La *réserve* tend du moins à occuper cette fonction de régulation interne dans un espace de représentation du réel où la norme et sa matérialité se trouvent constamment confondues et déterminent un « système de dispositions durable » valorisé qui assure sa stabilité¹²⁵.

Conclusion

La déontologie judiciaire, telle qu'elle est abordée aujourd'hui, constitue un ordre juridique spécifique et nouveau. L'exposé qui précède rend compte de ce que la normativité déontologique ne peut connaître une interprétation fondée sur une conception strictement formelle ou abstraite de la règle. On sait qu'il s'agit d'un enjeu important sur lequel reposent les distinctions souvent faites entre les traditions canadienne et québécoise de la déontologie¹²⁶. Cela étant, même le recours à une série d'énoncés précis du type de ceux qu'on trouve établis dans le *Code de déontologie judiciaire du Québec* ou le *Model Code* américain ne permet pas d'échapper au fait que l'appréciation du caractère déontologique des comportements des juges relève d'un exercice de type plus inductif que déductif. Tout code de déontologie ne constitue, par conséquent, qu'une base de réflexion, comme le reconnaissent eux-mêmes les membres du Conseil de la magistrature du Québec¹²⁷. Cet état de fait tient à l'imprécision nécessaire des normes déontologiques les plus systématiquement mobilisées et au fait que la gravité relative de toute contravention à ces normes est essentiellement fonction de l'échelle de mesure offerte par la norme implicite que constitue la *Confiance du public*. Ces constats tendent à favoriser une remise en cause d'une conception totalement transparente du débat déontologique ou des normes déontologiques elles-mêmes. Elle favorise une forme critique de la

¹²⁴ On trouve des observations équivalentes dans certains des travaux classiques tirés de la psychologie sociale. Lire notamment à ce propos Erving Goffman, *La mise en scène de la vie quotidienne*, t. 1, « La présentation de soi », Paris, Les Éditions de minuit, 1973.

¹²⁵ Pierre Bourdieu, *Leçon sur la leçon*, Paris, Éditions de Minuit, 1982. C'est à cette disposition durable que Bourdieu associe la notion d'*illusio*. Lire à ce propos, Pierre Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, coll. «Liber», Paris, Seuil, 1997, aux pp. 22-23 et 122-123.

¹²⁶ Lire notamment à ce propos le très intéressant article de Jackson, *supra* note 2.

¹²⁷ *Québec (Ministre de la justice) c. Therrien*, *supra* note 8.

déontologie.

Nous avons par ailleurs voulu rendre compte de la place prépondérante occupée, tant au Québec, au Canada que dans les pays occidentaux, des notions d'*indépendance*, d'*impartialité* et d'*intégrité* : les 3 I. En regard de la normativité déontologique, ceux-ci tiennent lieu de principes généraux. Nous avons plus particulièrement tenté de mettre en lumière l'imprécision de ces concepts et le flou entourant ces notions, en rendant compte du sens qui leur était le plus généralement donné. Ces précisions (même établies intuitivement par la doctrine et la jurisprudence) renvoient à des dimensions à la fois institutionnelle et personnelle des mêmes principes. Il ressort également de l'étude des décisions déontologiques et d'une exploration attentive des déclarations de principes établies au sein de diverses juridictions, qu'il existe une forme de hiérarchie des normes déontologiques au sein de laquelle le devoir d'*impartialité* semble occuper le sommet. Finalement, il apparaît que chacun des trois principes généraux que nous avons étudiés met le juge en relation avec une entité différente : l'institution judiciaire (c'est le devoir d'indépendance), les parties (le devoir d'impartialité) et le juge lui-même (le devoir d'intégrité). Nous avons finalement mis en évidence le rôle que le devoir de *réserve* jouait en tant que référence concrète, sinon en tant que sens commun des juges.

Dans la perspective sociologique dans laquelle nous avons voulu placer notre contribution à l'étude de la normativité déontologique et à sa mise en œuvre, une question demeure : l'imprécision nécessaire dont nous avons parlé plus haut tient-elle strictement à la nouveauté de ce champ particulier du droit ou aux caractéristiques mêmes de l'activité déontologique. Nous avons déjà indiqué que ces causes se combinaient vraisemblablement pour expliquer le flou souvent constaté du discours déontologique. En contrepartie, on doit envisager que la définition toujours plus précise des concepts favorise une lente rigidification des notions et un inventaire également toujours plus précis des cas de référence et des sanctions. Il est inévitable que la mise au point de textes de référence à valeur canonique risque de favoriser cette fuite en avant dans la formalisation graduelle de l'activité déontologique. La perspective plus analytique que nous avons empruntée ne vise pas tant à établir des standards stables qu'à rendre compte d'une lente stabilisation des références et des caractéristiques empiriques observables dans ce domaine particulier du droit. Sur le plan de l'évolution de la normativité déontologique, il est cependant raisonnable de croire que le recours à la norme ne permettra pas assez longtemps que soit évitée une stabilisation trop rapide du contenu des normes établies en matière de déontologie judiciaire.